

FICHA TECNICA	
1. PROCESO	
- NUMERO DEL EXPEDIENTE:	1704-00-2018-199
- PONENTE:	Subdirector de Investigaciones Disciplinarias de la Agencia del Inspector General de Tributos, Rentas y Contribuciones Parafiscales ITRC
- INVESTIGADOS:	L.E.S.F
- CARGO:	DIRECTORA SECCIONAL DE IMPUESTOS Y ADUANAS
- ENTIDAD:	UAE DIAN, Dirección Seccional de Aduanas
- CIUDAD:	TUNJA
- TEMA:	Falta Gravísima Artículo 48 Numeral 17 Ley 734 de 2022: Violación Régimen de Inhabilidades e Incompatibilidades.
2. HECHOS RELEVANTES	
Mediante queja anónima de fecha 9 de noviembre de 2018, se denunciaron los comportamientos aparentemente irregulares de la hoy ex servidora L.E.S.F, quien supuestamente aprovechó la información de la "Fundación Asociación XXXX Tunja" que tuvo como funcionaria de la DIAN, para hacerse designar como su representante legal con "honorarios de SEIS MILLONES QUINIENTOS MIL PESOS MENSUALES (\$6.500.000)" y apropiarse de manera indebida de su patrimonio, el cual tiene por objeto amparar a personas de escasos recursos, según la denuncia, dejaron de recibir la ayuda económica. En el transcurso de la actuación disciplinaria se logró establecer: ➤ L.E.S.F se desempeñaba como funcionaria de planta de la Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas Tunja en el cargo de gestor III Código 303 Grado 03, adscrita a la División de Gestión de Asistencia al Cliente, para la fecha de los hechos entre el 01 de enero de 2014 al 02 de julio de 2018 y del 03 de Julio al 31 de diciembre de 2018 en el Despacho de la Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas Tunja ➤ la señora L.E.S.F es representante legal de la XXXXX de Tunja Nit. No. 891.800.XXX-X desde el 25 de junio de 2015. ➤ L.E.S.F. suscribió el contrato de arrendamiento No. 0XX de 20XX, el día XXde octubre de 2016 con la Alcaldía Municipal de Tunja, en calidad de representante legal de la Asociación XXXXXX de Tunja Nit. No. 891.XXX.XXX-X. ➤ La señora L.E.S.F. suscribió el modificadorio No. 1 al contrato de arriendo No. 923 de 2016 el 11 de enero de 2017 en calidad de representante legal de la Asociación XXXXX de Tunja.	
3. CARGOS Y ANALISIS DE LAS PRUEBAS	
Por medio de Auto No. 1741200001 del 15 de julio de 2021 se cita a audiencia verbal proferido por la Subdirección de Investigaciones Disciplinarias de la UAE ITRC, y formuló cargos a la investigada L.E.S.F al siguiente tenor:	

CARGO UNICO: A la señora **L.E.S.F.**, identificada con la cédula de ciudadanía No. XXXXXX, quien para el año 2016 se desempeñaba como funcionaria de planta de la Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas Tunja en el cargo de gestor III Código 303 Grado 03, adscrita a la División de Gestión de Asistencia al Cliente, por celebrar con la Alcaldía Municipal de Tunja, el contrato No. XXX del 2X de octubre de 20XX, suscrito por ella en calidad de representante legal Asociación XXXXXX de Tunja Nit. No. 891.XXX.XXX-X. y ostentando simultáneamente el cargo de funcionaria pública.

Como presunta autora responsable de la infracción disciplinaria gravísima descrita en el numeral 17 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, atribuida provisionalmente a título de dolo.

ANALISIS DE LAS PRUEBAS

Agotadas las etapas del procedimiento investigativo ordinario y las recaudadas dentro del trámite de la audiencia del proceso verbal se tienen como pruebas que sustentan esta decisión, las siguientes:

- Oficio No.100206214-xxxx del 13 de diciembre de 20XX suscrito por el Subdirector de Gestión de Personal de la DIAN, donde se anexa certificación de cargo y ubicación laboral de la señora **L.E.S.F.**, desde el periodo 1 de enero de 2015 hasta la fecha de expedición de la certificación.
- Oficio No.100214308-XXX del 20 de diciembre de 20XX, suscrito por la Jefe de Coordinación de Historias Laborales de la Subdirección de Gestión de Personal de la DIAN, en la cual se remite el extracto de historia laboral con situaciones administrativas del periodo comprendido entre el 1 de enero de 2015 y hasta la fecha de suscripción del oficio, correspondiente a la señora **L.E.S.F.**
- Inspección Administrativa realizada el día 05 de febrero de 2019 a la sede de la Asociación XXXXXX de Tunja, visita atendida por la administradora señora L.A.R.V., quien informó que hasta el 29 de diciembre de 20XX en la oficina 606 funcionó la Asociación XXXXXX de Tunja a, y que la persona que manifestó ser su representante legal era la señora **L.E.S.F.**, según certificado de Cámara de Comercio de fecha 29 de octubre de 2018.
- Declaración Jurada de la señora L.Y.C.C., funcionaria, jefe de la División de Gestión de Fiscalización de la dirección de Impuestos y Aduanas Tunja, rendida el 7 de febrero de 201X.
- Certificado de existencia y representación legal de fecha 08 de febrero de 2019, agregado en constancia de 08 de febrero de 2019 realizada por el Abogado de Policía Judicial de la ITRC.
- Inspección administrativa Fundación Asociación XXXXXX de Tunja, realizada el día 9 de mayo de 201X.
- Oficio No. 100-216-XXX del 10 de julio de 201XX suscrito por la Jefe de Coordinación de Historias Laborales de la Subdirección de Gestión de Personal de la UAE Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales y donde se anexa los soportes de las ausencias laborales del periodo febrero de 201X a junio de 201X.
- Inspección administrativa a la Fiscalía 15 Seccional de Tunja, realizada el 12 de julio de 2019, donde se toma copia de la noticia criminal No. 15001609916320180XXXXX.
- Soporte de las consultas realizadas el 26 de julio de 2019 e incorporación de los antecedentes disciplinarios, Fiscales y Judiciales de la investigada.
- En diligencia de declaración Jurada de la señora M.E.M, rendida el 10 de septiembre de 2019, la disciplinable aporta en la diligencia antes mencionada copia del certificado de Cámara de Comercio en 6 folios, constancia del 27 de julio de 1988 y carta de agregación.
- Inspección administrativa realizada el 10 de octubre de 2019 a la Secretaría de Contratación, licitación y Suministros de la Alcaldía de Tunja, donde se encontró que la Asociación XXXXXX de Tunja, identificada con NIT. No. 891.XXX.XXX-7 suscribió contrato con la Alcaldía de Tunja No. CD-AMT-9XX de 20XXX, la información se aportó en medio magnético y se indicó que también se puede consultar en la página del SECOP.

- Inspección administrativa a la cámara de Comercio de Tunja, adelantada el día 9 de octubre de 2019, donde se establece que la Asociación XXXXXX de Tunja, identificada con NIT. No. 891.XXX.XXX-7, no cuenta con Registro Único de Proponentes.
- Oficio con radicación No. 1.5-01687 del 30 de octubre de 201X suscrito por W.A.P, Secretario de Contratación, licitaciones y suministros de la Alcaldía de Tunja Boyacá, donde remite:
 - Certificación del Contrato No. 923 de 2016 correspondiente al proceso de contratación directa No. CD-AMT-9XX de 20XX
 - Copia total de la carpeta de Contrato No. 9XX de 20XX
- Oficio con radicación No. 100206214-003XXX del 13 de noviembre de 20XX suscrito por, Subdirector de Gestión de Personal de la DIAN, donde remite:
 - Certificación laboral con cargos, ubicaciones y funciones de la funcionaria **L.E.S.F**
 - Copias tomadas de la historia laboral de las declaraciones de bienes y rentas de la señora **L.E.S.F**
- Oficio con radicación No. 2200191200000XX del 15 de noviembre de 20XX firmado por Subdirector de Información y Desarrollo Tecnológico de la Agencia Nacional de Contratación Pública-Colombia Compra Eficiente, donde informa sobre la existencia del proceso de contratación CD-AMT-9XX20XX adjudicado a la Asociación XXXXXX de Tunja, en la Plataforma SECOPI.
- Oficio con radicación No. 202015000098XXXX de fecha 30 de marzo de 20XX, suscrito por el Director de Parafiscales de la UGPP, donde, entre otras, informa que *"Luego de validar los registros en las bases de datos publicadas por el Ministerio de Salud (consulta ADRES) se evidencia que la Señora S figura como cotizante en el SGSS para las vigencias enero de 2015 a diciembre de 2015 y que el la Asociación figura como empleador frente al SGSS"*.
- Consultas de los antecedentes disciplinarios, fiscales y penales, respectivamente, de la señora **L.E.S.F**, identificada con C.C. XXXX, mediante constancia con radicado No. 2-2021-000077 del 12 de enero de 2021.
- Correo electrónico de fecha XX de enero de 20XX remitido por Directora Seccional de Impuestos y Aduanas de Tunja, donde remite los soportes (anexos 1,2 y 3) de las situaciones administrativas presentadas por la señora **L.E.S.F**, entre estos las incapacidades.
- Correo electrónico de fecha 27 de enero de 2021 remitido por la Directora Seccional de Impuestos y Aduanas de Tunja, donde remite los soportes (anexos 4, 5, 6 y 7) de las situaciones administrativas presentadas por la señora **L.E.S.F**, entre estos las incapacidades.
- Constancia del 21 de abril de 20XX, radicada con el N° 3-2021-XXXXX donde se consultaron los antecedentes disciplinarios de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial correspondientes a la investigada **L.E.S.F**.

PRUEBAS EN TRAMITE VERBAL

En la audiencia de procedimiento verbal se decretaron y practicaron las siguientes pruebas:

Documentales:

La Investigada y su apoderado aportan las siguientes pruebas documentales:

- Informe gráfico del estado como se encontró la casa cuando la señora **L.E.S.F** recibió la casa, ubicada en XXXXX. Fotos como se encontró y todas las reparaciones realizadas (180 folios).
- Certificación expedida por el contador y revisor fiscal de Asociación XXXXXX de Tunja, donde certifica reparaciones locativas de la casa ubicada en la XXXXXX de Tunja (21 Folios)
- Fotografías del estado de otra casa que pertenece a la Asociación XXXXXX de Tunja, lo anterior para conocimiento del despacho (36 folios)

- Copia de la queja disciplinaria interpuesta en contra del abogado L.A.S. (200 folios)
- Respuesta entregada a la Gobernación de Boyacá, secretaria de Participación y Democracia de fecha 23 de diciembre de 2015 por parte de M.L-, en cuatro folios.
- Acta No. 01 de 14 de marzo de 2015 en tres folios de la Asociación XXXXXX de Tunja.
- Carta de renuncia suscrita por la señora M.C. V de fecha XX de junio de 20XX (1 folio)
- Dos requerimientos realizados por la Secretaria de Gobernación de Boyacá a la señora M.C. V de fecha 16 y 17 de junio de 20XX (4 folios).
- Acta No. 05 de 25 de junio de 2015 de la Asociación XXXXXX de Tunja (3 Folios)
- Acta de constancia de visita de inspección control y vigilancia de la Secretaría de Participación y Democracia de la Gobernación de Boyacá de XX de octubre de 20XX (3 folios)
- Solicitud medida preventiva de fecha XX de noviembre de 20XX dirigida a la Cámara de Comercio de Tunja, suscrito por el Director de Participación y Administración Local. (1 Folio)
- Informe contable de resultado de estudio de inspección control y vigilancia de la Secretaría de Participación y Democracia de la Gobernación de Boyacá de fecha X de diciembre de 20XX
- Denuncia ante la Fiscalía General de la Nación de fecha 17 de septiembre de 20XX en contra de R.E.M. y como denunciante la señora **L.E.S.F** (11 folios)

La defensa solicitó oficiar a la Secretaria de Participación y Democracia de la Gobernación de Boyacá para que indique cual es la naturaleza jurídica de la Asociación XXXXXX de Tunja, identificada con el NIT. No. 891.8XX.XXX-7. Prueba que fue decretada:

- Mediante correo Electrónico del 12 de agosto de la Gobernación de Boyacá se recibe el oficio S-2021-00xxx-GOBDPAC suscrito por el Director de Participación y Acción Comunal (2 folios).

4. ARGUMENTOS DE DEFENSA

VERSIÓN LIBRE, DESCARGOS Y ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Versión Libre

La Investigada se abstuvo de presentar versión libre

Descargos

El día 10 de agosto de 2021 la disciplinada y su abogado de confianza presentaron escrito de descargos en el que de forma sucinta establecen como argumentos de defensa:

1. IMPUGNACIÓN DE LA COMPETENCIA

Expresan la investigada y su abogado de confianza que la ITRC no tendría competencia para adelantar el trámite disciplinario por cuanto:

- No se encuentran demostrados los elementos subjetivos necesarios para determinar la competencia, establecidos en el numeral 3 del artículo 2 del decreto 4173 de 2011, en cuanto a la literalidad: **por razón, con ocasión o bajo abuso del cargo del funcionario público.** Que no se dio en razón al cargo por cuanto la representación judicial de la Asociación XXXXXX de Tunja es una actividad permitida y ajena a las funciones que desempeñaba la investigada.

Que no se dio con ocasión al cargo ya que la funciones de la investigada en la DIAN no le daban posibilidad de suscribir ningún contrato respecto de la Asociación XXXXXX de Tunja.

Que no existió abuso del cargo dado que cualquier actuación de la investigada respecto de la Asociación XXXXXX de Tunja se realizó desligada de la DIAN.

- **Principio de Favorabilidad:** manifiestan que se debe dar aplicación al artículo 50 de la Ley 734 de 2002 que contiene las faltas graves y leves, y no al numeral 17 del artículo 48 de la misma ley, por lo que la ITRC tampoco tendría Competencia.
- Que la ITRC no justifico tampoco la **defensa de los recursos públicos** careciendo de competencia.

Finaliza manifestando que la competencia avocada por el TRC en el auto 1741200001 no obedece a la realidad del proceso.

2. NO TIPIFICACIÓN DE LAS NORMAS ENDILGADAS COMO VULNERADAS POR LA AUTORIDAD DISCIPLINARIA

Para argumentar este numeral expresan:

- La Autoridad disciplinaria no tiene en cuenta la naturaleza de la Asociación XXXXXX de Tunja, siendo una entidad sin ánimo de lucro, que se enmarca dentro de las excepciones del artículo 10 de la ley 80 de 1993, que cita:

"... ARTÍCULO 10. DE LAS EXCEPCIONES A LAS INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. No quedan cobijadas por las inhabilidades e incompatibilidades de que tratan los artículos anteriores, las personas que contraten por obligación legal o lo hagan para usar los bienes o servicios que las entidades a que se refiere el presente estatuto ofrezcan al público en condiciones comunes a quienes los soliciten, ni las personas jurídicas sin ánimo de lucro cuyos representantes legales hagan parte de las juntas o consejos directivos en virtud de su cargo o por mandato legal o estatutario, ni quienes celebren contratos en desarrollo de lo previsto en el artículo 60 de la Constitución Política..." (el subrayado y negrilla es de la defensa)

Que en razón a lo anterior no se subsume la situación en que se encuentra toda vez que como ingrediente subjetivo del tipo relaciona que los servidores públicos por si o por interpuesta persona o en representación de otro.

Que se observa en el expediente que **L.E.S.F** suscribió contrato con el Municipio de Tunja de manera directa ya que lo hizo conforme a representación legal certificado por la Cámara de Comercio de Tunja, que la entidad sin ánimo de lucro esta eximida por una ley que desarrollo el precepto constitucional, lo que desvirtúa la tipicidad.

- Que existe una plena justificación de la suscripción del contrato por parte de la representante legal de la Asociación y es la de recuperar el inmueble de la calle XXXXX de la ciudad de Tunja, que de esto reposa prueba en el expediente y que de forma incompresible la valoración de dichas pruebas no fue tomada en cuenta, en este punto se relacionan los folios que tienen que ver con las etapas pre contractual, contractual y pos contractual del contrato de arrendamiento.

Que por lo tanto también se materializa las excepciones del artículo 10 de la ley 80 de 1993 que cita:

"ARTÍCULO 10. DE LAS EXCEPCIONES A LAS INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. No quedan cobijadas por las inhabilidades e incompatibilidades de que tratan los artículos

anteriores, las personas que contraten por obligación legal o lo hagan para usar los bienes o servicios que las entidades a que se refiere el presente estatuto ofrezcan al público en condiciones comunes a quienes los soliciten, ni las personas jurídicas sin ánimo de lucro cuyos representantes legales hagan parte de las juntas o consejos directivos en virtud de su cargo o por mandato legal o estatutario, ni quienes celebren contratos en desarrollo de lo previsto en el artículo 60 de la Constitución Política...” (el subrayado y negrilla es de la defensa)

- Que existe un caso fortuito por la amenaza de ruina de la vivienda objeto del contrato de arrendamiento vivienda que al pertenecer a una asociación sin ánimo de lucro buscaba fines sociales, que la existencia de este caso fortuito tiene las características de ser imprevisible e irresistible por amenaza de ruina de un bien de interés cultural.

Concluye este acápite la defensa diciendo que el artículo 10 de la ley 80 de 1993 es clara en sacar de cualquier responsabilidad a la representante legal de la Asociación XXXXXX de Tunja *"toda vez que es una entidad sin ánimo de lucro y que existió una justificación para celebrar dicho contrato con el fin justamente sin ánimo de lucro para satisfacer el interés público con la recuperación de una casa que amenazaba ruina lo que hacía imperativo, urgente y necesario la recuperación del inmueble que se logró a través del contrato en mención."*

3. ILEGALIDAD DE PRUEBAS OBRANTES DENTRO DEL EXPEDIENTE

Expresó la defensa que los documentos aportados del folio 720 a 743 del expediente fueron sustraídos ilegalmente de la Asociación XXXXXX de Tunja el 8 de octubre de 20XX por orden del señor R.E.M, de esto interpuso denuncia penal.

Finaliza este punto la defensa que a pesar de no estar directamente ligadas al cargo endilgado se hace necesario dejar constancia por cuanto todo obedece a una persecución a la señora **L.E.S.F.**

4. ERROR EN EL TÍTULO DE IMPUTACIÓN- PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD

Expresó la defensa que se determinó como cargo único a la disciplinada la falta contenida en el numeral 17 del artículo 48 de la ley 734 de 2002 sin tener en cuenta el principio de favorabilidad, ya que esta misma falta está contenida en el artículo 50 de la ley 734 de 2002, cita el artículo:

"ARTÍCULO 50. FALTAS GRAVES Y LEVES. *Constituye falta disciplinaria grave o leve, el incumplimiento de los deberes, el abuso de los derechos, la extralimitación de las funciones, o la violación al régimen de prohibiciones, impedimentos, inhabilidades, incompatibilidades o conflicto de intereses consagrados en la Constitución o en la ley.*

La gravedad o levedad de la falta se establecerá de conformidad con los criterios señalados en el artículo 43 de este código.

Los comportamientos previstos en normas constitucionales o legales como causales de mala conducta constituyen falta disciplinaria grave o leve si fueren cometidos a título diferente de dolo o culpa gravísima. ..." (el subrayado y negrilla es de la defensa)

Argumentan lo anterior que si se observa cada una de las directrices normativas es evidente que castiga los mismos hechos en cuanto al régimen de inhabilidades e incompatibilidades, hecho por el cual, y en gracia de discusión sin que implique aceptación de responsabilidad de la disciplinada, es claro que bajo el principio de favorabilidad se debe tener en cuenta la condición más beneficiosa que en este caso se enmarca en el artículo 50.

Igualmente argumenta que se debe dar aplicación al artículo 14 de la ley 734 de 2002 y citan a los tratadistas Jaime Mejía Ossman y Silvio San Martín Quiñones.

Expresaron igualmente que no se realizó el análisis de que habla el artículo 43 de la ley 734 de 2002, como lo indica el artículo 50 de la citada ley, en cuanto a la gravedad o levedad de la falta, lo que no fue ni enunciado ni evaluado por la autoridad disciplinaria constituyendo una grave irregularidad, reitera la defensa que el contrato firmado por la disciplinada no afectó a la administración, ni la moralidad ni los recursos públicos, en este caso de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.

Adicionalmente, como mecanismo de defensa procede a hacer el análisis que habla el artículo 43, recuerda que la Asociación XXXXXX de Tunja es una entidad sin ánimo de lucro y que tampoco se valoró cuáles fueron las motivaciones para suscribir el contrato y que se está dentro de las excepciones del artículo 10 de la ley 80 de 1993.

5. ERROR DE PROHIBICIÓN

Expresó que la disciplinada tenía la conciencia de actuar conforme a derecho, en primer lugar, por estar supuestamente debidamente asesorada por el abogado L.S. y en segundo lugar, por estar amparada en el artículo 10 de la ley 80 de 1993, al estar excluida del régimen de inhabilidades e incompatibilidades al ser una entidad sin ánimo de lucro.

Así mismo anota la defensa que ante la imperiosa necesidad de recuperar el inmueble que beneficiaba a la comunidad tunjana suscribió el contrato de arrendamiento previa demostración de las necesidades y plena justificación de la necesidad de dicho negocio jurídico.

Argumentó que el error de prohibición es una institución estructurada sobre la culpabilidad, como elemento de la teoría del delito en que un sujeto comete un hecho bajo la influencia total o parcial de una percepción errada de la valoración global de la antijuridicidad de su actuar evitable o inevitable; se reitera el argumento de exclusión contenida en el artículo 10 de la ley 80 de 1993.

Continúa su argumentación en que tal como lo refiere el ente investigador el contrato también fue suscrito por el abogado L.S. quien era el asesor jurídico de la Asociación, quien con su firma da el aval a la disciplinada, por lo que la convicción de la **L.E.S.F.** llegó a tornarse invencible en razón a la existencia de una norma de exclusión del régimen de inhabilidades e incompatibilidades y la reafirmación de la legalidad de la suscripción del contrato por parte del asesor jurídico.

Finaliza la defensa dejando constancia que contra el abogado L.S. se están adelantando acciones disciplinarias por incumplir sus funciones como asesor jurídico.

6. ANTIJURICIDAD MATERIAL

Para la Defensa es clara la inexistencia de afectación del deber funcional, ya que no se demostró por la autoridad disciplinaria que se afectó el buen funcionamiento del Estado, existiendo una antijuridicidad de la conducta endilgada, pone de presente un apartado de la sentencia C-948 de 2002:

*"El incumplimiento de dicho deber funcional es entonces necesariamente el que orienta la determinación de la antijuridicidad de las conductas que se reprochan por la ley disciplinaria. **Obviamente no es el desconocimiento formal de dicho deber el que origina la falta disciplinaria, sino que, como por lo demás lo señala la disposición acusada, es la infracción sustancial de dicho deber, es decir el que se atente contra el buen funcionamiento del Estado y por ende contra sus fines, lo que se encuentra al origen de la antijuridicidad de la conducta. Así ha podido señalar esta Corporación que no es posible tipificar faltas disciplinarias que remitan a conductas que cuestionan la actuación del servidor público haciendo abstracción de los deberes funcionales que le incumben como tampoco es posible consagrar cláusulas de responsabilidad disciplinaria que permitan la imputación de faltas desprovistas del***

contenido sustancial de toda falta disciplinaria. *Dicho contenido sustancial remite precisamente a la inobservancia del deber funcional que por sí misma altera el correcto funcionamiento del Estado y la consecución de sus fines.”* (el subrayado y negrilla es de la defensa)

Indicó que la suscripción del contrato y su modificatorio, se hizo completamente desligado de las funciones desempeñadas por la señora **L.E.S.F.** como funcionaria de la DIAN, sin que hubiera existido afectación alguna a la función de dicha Entidad, o algún detrimento patrimonial y mucho menos de los fines esenciales del Estado.

Finaliza manifestando que el ente investigador disciplinario pretendió endilgar la afectación a la moralidad con apreciaciones subjetivas sin ningún elemento probatorio, y que por tanto se configura la antijuricidad material.

7. NO FUNDAMENTACIÓN EN LA CONDUCTA ENDILGADA

Expresó que no se puede fundamentar el supuesto actuar doloso de su representada en apreciaciones subjetivas de la autoridad disciplinaria, las cuales adolecen de sustentación fáctica, jurídica y probatoria.

Manifestó que el ITRC nunca demostró la existencia del dolo por parte de la disciplinada y en consecuencia no se puede derivar responsabilidad disciplinaria alguna; la defensa indicó que no se realizó un análisis probatorio del proceso, y que, en consecuencia, se desconocen las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que se dieron los hechos.

Luego de citar apartados de jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Suprema de Justicia, manifestó que *el disciplinado* no actuó con intención proterva que alega la autoridad disciplinaria y que se escuda únicamente en una disposición legal, omitiendo un análisis probatorio ponderado.

Finaliza manifestando que *“no se encuentra prueba fehaciente demostrativa subjetivamente, de su voluntad, de su querer o de su omisión que indiquen que su actuar fue doloso, sin que se hace de manera meramente objetiva, acude al artículo 228 de la Carta Superior, respecto de la culpa grave NO fue demostrada probatoriamente dentro del proceso.”*

PETICIÓN

Solicita fallo absolutorio al estar demostrado la ausencia de responsabilidad disciplinaria.

ALEGACION DE CONCLUSION

El día 07 de septiembre de 2021, en continuación de la audiencia verbal la disciplinada de manera sucinta establecen como argumentos de defensa:

1. **CUESTIONES PRELIMINARES:** Reiteran los argumentos expresados en los descargos frente a la falta de competencia de la Subdirección de Investigaciones Disciplinarias de la Agencia ITRC, en donde se resalta:

“(…)

*En este sentido se endilgó a mi representada, hechos y omisiones que presuntamente se enmarcan en la falta determinada en el numeral 17 del artículo 48 del Código Disciplinario Único, pero conforme a la literalidad de lo allí suscrito, siempre y cuando se de **por razón, con ocasión o bajo abuso del cargo del funcionario público**, sin que en el caso bajo estudio, la supuesta inhabilidad haya surgido en alguno de estos aspectos, siendo claro que las actuaciones investigadas son diametralmente ajenas a las funciones que para ese entonces desarrollaba **L.E.S.F.** para la DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES – DIAN. (...)*”

Así mismo:

"(...)

Hecho por el cual, bajo ese principio de favorabilidad, es la norma establecida en el artículo 50 la que se podría endilgar a mi representada, que constituiría FALTAS GRAVES O LEVES, y no gravísimas, como fueron endilgadas por la Agencia. (...)"

Finalmente formulan la existencia de una causal de nulidad por falta de competencia.

- 2. LOS CARGOS ENDILGADOS FUERON DESVIRTUADOS:** Reitera la defensa los argumentos expresados en los descargos en cuanto a que al ser la Asociación XXXXXX de Tunja una entidad sin ánimo de lucro se encontraba en las excepciones del régimen de inhabilidades e incompatibilidades como lo expresa el artículo 10 de la ley 80 de 1993.

"(...)

En el entendido que mi mandante L.E.S.F. suscribió contrato con el municipio de Tunja no de manera directa sino como representante legal de la Asociación XXXXXX de Tunja, tal como se extrae del certificado de existencia y representación legal de la Cámara de Comercio de Tunja, que igualmente obra dentro del expediente.

(...)

Hecho por el cual la Subdirección Técnica De la Agencia Investigaciones Disciplinarias Unidad Administrativas Especial Agencia Del Inspector General De Tributos, Rentas Y Contribuciones Parafiscales – ITRC, no pudo demostrar el cargo formulado, por existir una excepción legal, que se configura en el caso bajo estudio, hecho este por el cual se desvirtúa tal tipicidad.

(...)"

Así mismo reitera la defensa como lo realizó en los descargos que: *"(...) se demostró la plena justificación para la suscripción del Contrato por Parte de la Representante Legal de la Asociación XXXXXX de Tunja, con el fin de recuperar un bien inmueble usado para fines sociales (...)"*. Hace un recuento de las pruebas.

- 3. ILEGALIDAD DE PRUEBAS OBRANTE DENTRO DEL EXPEDIENTE:** Reitera el argumento de que algunas pruebas aportadas al expediente fueron extraídas el 8 de octubre del 2018, de manera clandestina de las oficinas de la Asociación XXXXXX de Tunja.

En los alegatos de conclusión se reiteran los argumentos dados en los descargos en donde textualmente se expresa:

- *"(...) se dejó de estudiar los criterios para la graduación de las faltas, en clara contraposición de los Derechos al Debido Proceso, Defensa y contradicción, basándose en una presunción, que desdibuja la existencia de una norma más benéfica para mi representada, tal como se expuso al inicio de estas conclusiones de la defensa, y más exactamente en cuanto al no estudio y consecuentemente a la no configuración de los aspectos denotados en el artículo 43 del Código Disciplinario Único (...)"*
- *De igual manera tampoco se abordó si la conducta de L.E.S.F. fue cometida a título de culpa, y solo se entró a presumir el dolo, en clara contraposición al principio de que cualquier imputación objetiva en un proceso disciplinarios está proscrita.*

- La existencia de un error de prohibición: "(...) de manera subsidiaria fue propuesto por el suscrito el error de prohibición, por la existencia de una norma que la exceptuaba del Régimen de Inhabilidades e Incompatibilidades, de aplicación exegética y restrictiva, y más aún cuando supuestamente estaba debidamente asesorada por el Abogado L.S., quien firmó el contrato objeto de controversia, justamente dándole a mi representada un piso de legalidad ya que se excluía del régimen de inhabilidades e incompatibilidades tal como se enuncio con anterioridad (...)"
- Antijuricidad material: "(...) Por ultimo está demostrada la antijuricidad material alegada, esto en caso de que se dé la remota posibilidad de que se encuentre configurado el cargo endilgado, la inexistencia de afectación del deber funcional, ya que no se demostró por parte de la Autoridad Disciplinaria, que se afectó el buen funcionamiento del Estado, existiendo en consecuencia una antijuricidad de la conducta endilgada a la suscrita (...)"
- No fundamentación de la conducta endilgada: "(...) NO se encuentran prueba fehaciente ni interpretación ya sea normativa o probatoria que llegue a demostrar su ACTUAR DOLOSO, de manera meramente Objetiva, pero sin entrar a desentrañar los elementos volitivos y estructurales de la exteriorización de la conducta de los agentes productores de dicha decisión (...)"

Finalizan los alegatos solicitando:

"(...)"

Por las razones de Hecho y de Derecho denotadas con anterioridad, reitero mi solicitud que se profiera fallo absolutorio, no sin antes estudiar la falta de competencia, solicitada desde la contestación a los cargos y omitida en su resolución por parte de la Autoridad disciplinaria. (...)"

5. FUNDAMENTOS DE LA DECISIÓN – 1° INSTANCIA

FECHA

09 de septiembre de 2021 Audiencia Verbal

ANÁLISIS DE LAS PRUEBAS EN QUE SE BASA LA PRESENTE DECISIÓN

Para el análisis del material probatorio, conviene hacer alusión a los parámetros fijados por la ley, bajo los cuales el operador disciplinario en cada caso concreto, deberá apreciar las pruebas allegadas. A dicho propósito, se dirá que para el presente examen se tendrán en cuenta los artículos 141 de la Ley 734 de 2002 y 238 de la ley 600 de 2000, respectivamente, los cuales son del siguiente tenor literal:

"Artículo. 141.- Apreciación integral de las pruebas. Las pruebas deberán apreciarse conjuntamente, de acuerdo con las reglas de la sana crítica. En toda decisión motivada deberá exponerse razonadamente el mérito de las pruebas en que ésta se fundamenta (...)"

*"Artículo 238.- del Código Penal: APRECIACION DE LAS PRUEBAS. Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica.
El funcionario judicial expondrá siempre razonadamente el mérito que le asigne a cada prueba. (...)"*

Con respecto al cargo formulado, dentro del transcurso de la causa disciplinaria se ha logrado establecer:

1. Calidad de Funcionaria Pública la investigada **L.E.S.F.** identificada con la cédula de ciudadanía no. XXXXXXXXX, quien se desempeñaba como funcionaria de planta de la Dirección Seccional de

Impuestos y Aduanas Tunja en el cargo de Gestor III Código 303 Grado 03, adscrita a la División de Gestión de Asistencia al Cliente, para la fecha de los hechos entre el 01 de enero de 20XX al 02 de julio de 20XX, y del X de Julio al XX de Diciembre de 20XX en el Despacho de la Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas Tunja.

En conclusión, existe plena prueba, la cual no fue desvirtuada en ninguna de las etapas del presente trámite disciplinario, que acredita que la señora **L.E.S.F.**, ostentaba la calidad de funcionaria de planta de la Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas Tunja, para la fecha de suscripción del Contrato No. 9XX del 2X de octubre de 20XX y de la firma del modificadorio No. 0X del XX de enero del año 20XX que se efectuó al contrato de arriendo.

2. Calidad de Representante legal de la Asociación XXXXXX de Tunja identificada con el NIT. No. 891.8XX.XXX-7:

Tal y como se ha expresado previamente, de conformidad con lo establecido en el artículo 117 del Código de Comercio, la existencia de la sociedad y las cláusulas del contrato se probarán con certificación de la cámara de comercio del domicilio principal, en la que constará el número, fecha y notaría de la escritura de constitución y de las reformas del contrato, o si la constitución es por documento privado la fecha del mismo y de las reformas si las hubiere; el certificado expresará, además, la constancia de que la sociedad no se encuentra disuelta.

Para probar la representación de una sociedad bastará la certificación de la cámara respectiva, con indicación del nombre de los representantes, de las facultades conferidas a cada uno de ellos en el contrato y de las limitaciones acordadas a dichas facultades, en su caso.

Al respecto, se debe advertir que el certificado de existencia y representación legal es un documento expedido, por regla general, por las cámaras de comercio, que cumple funciones probatorias, es decir permite acreditar las inscripciones efectuadas en el registro mercantil respecto de una sociedad comercial, como su existencia, representación, cláusulas del contrato y la constancia de que tal sociedad no se haya disuelta.

Es importante anotar, que el numeral 3 del artículo 86 del Código de Comercio, establece como función de las cámaras de comercio certificar sobre los actos y documentos inscritos en el registro mercantil. En la medida en que determinados actos o documentos relativos a una sociedad se encuentren inscritos en el registro mercantil, cualquier persona podrá solicitar a la cámara de comercio respectiva que certifique sobre ellos de la manera prevista en el Código de Comercio.

Se concluye que existe plena prueba de que la señora **L.E.S.F** identificada con la cédula de ciudadanía no. Xxxx era la representante legal de la Asociación XXXXXX de Tunja identificada con el NIT. No. 891.8XX.XXX-7 desde el 25 de junio de 2015 y durante la fecha de los hechos aquí investigados, siendo reconocida tal condición por otros representantes de asociaciones.

3. Celebración Contrato entre la Alcaldía Municipal de Tunja Boyacá y Asociación XXXXXX de Tunja identificada con el NIT. No. 891.8XX.XXX:

existe plena prueba que acredita que la señora **L.E.S.F** suscribió el Contrato de Arrendamiento No. 09XX de 20XX con la Alcaldía Municipal de Tunja, en calidad representante legal de la Asociación XXXXXX de Tunja identificada con el NIT. No. 891.8XX.XXX, firmado el 26 de octubre de 20XX y con un plazo de ejecución de dos (2) meses es decir hasta el XX de diciembre de 20XX.

Es necesario precisar que el rol de arrendatario fue de la Alcaldía Municipal de Tunja y el rol de arrendador Asociación XXXXXX de Tunja identificada con el NIT. No. 891.8XX.XXX, representada legalmente por la señora **L.E.S.F.**

Así mismo se encuentra prueba documental de que la señora **L.E.S.F** suscribió el modificadorio No. 1 al contrato de arriendo No. 09XX de 20XX el 11 de enero de 20XX en calidad de representante legal de la Asociación XXXXXX de Tunja.

Probatoriamente se logro establecer que **L.E.S.F.** es abogada inscrita ante el Consejo Superior de Judicatura con la tarjeta profesional No. XXXX, conforme a las pruebas que son allegadas en la etapa verbal por parte de la coordinación de Historias Laborales de la UAE DIAN, así como del certificado No. XXX del 2X de abril de 20XX expedido por la Comisión Nacional de Disciplina Judicial; que, estando vinculada como servidora de la DIAN, en el cargo de gestor III Código 303 Grado 03, adscrita a la División de Gestión de Asistencia al Cliente de la Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas Tunja, fue inscrita ante la Cámara de Comercio de Tunja como representante legal de la Asociación XXXXXX de Tunja identificada con el NIT. No. 891.8XX.XXX, y que contando con apoyo del asesor jurídico L.S.G. presentó propuesta para celebrar contrato de arrendamiento de un bien inmueble con la Alcaldía de Tunja y posteriormente suscribió el contrato No. 09XX de 20XX y su modificadorio N° 1 del 1X de enero de 20XX.

Finalmente, de las pruebas allegadas por la Coordinación de Historias Laborales de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales y de la Escuela de la DIAN, se pudo establecer que la ex funcionaria **L.E.S.F** recibió capacitación en especial en temas referentes a la ley 734 de 2002, que igualmente dentro de su experiencia laboral ejerció cargos en la Gobernación de Boyacá y en la Alcaldía de Tunja en los niveles profesional y de asesoría Jurídica; así mismo que dentro de las actas de posesión la ex funcionaria *juro respetar, cumplir y hacer cumplir la Constitución y las leyes y desempeñar con amor, ética y responsabilidad social los deberes y las obligaciones*. De las pruebas antes analizadas es importante establecer que ninguna fue desvirtuada u objetada por ilegalidad en las distintas etapas del trámite disciplinario.

DE LA TIPICIDAD DISCIPLINARIA

El artículo 23 de la Ley 734 de 2002 establece que constituye falta disciplinaria *“y por lo tanto da lugar a la acción e imposición de la sanción correspondiente”*, la incursión en las conductas o comportamientos previstos en el régimen disciplinario que conlleve incumplimiento de deberes, extralimitación en el ejercicio de derechos y funciones, prohibiciones y violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflicto de intereses, sin estar amparado por cualquiera de las causales de exclusión de responsabilidad contempladas en el artículo 28 del ordenamiento.

El artículo 27 de la ley 734 de 2002 determina las formas de comportamiento del funcionario, que son constitutivas de falta disciplinaria, a saber; *Las faltas disciplinarias se realizan por acción u omisión en el cumplimiento de los deberes propios del cargo o función, o con ocasión de ellos, o por extralimitación de sus funciones*.

El artículo 48 de la Ley 734 de 2002 – Código Disciplinario Único-, describe las faltas disciplinarias gravísimas en que pueden incurrir los destinatarios de la ley, para el caso, los servidores públicos, aunque estén retirados del servicio, el numeral 17 textualmente señala:

“17. Actuar u omitir, a pesar de la existencia de causales de incompatibilidad, inhabilidad y conflicto de intereses, de acuerdo con las previsiones constitucionales y legales.”

El tipo disciplinario que contempla la falta que se imputa a la investigada, es de aquellos llamados por la doctrina tipos en blanco, porque para precisar la acción u omisión que se predica como infractora de la función pública, es necesario remitirse a otra norma, ya sea de carácter Constitucional, legal o reglamentaria.

Para el caso que nos ocupa se tiene que la señora **L.E.S.F** suscribió Contrato de Arrendamiento No. 09XX de 20XX con la Alcaldía Municipal de Tunja, en calidad representante legal de Asociación XXXXXX de Tunja identificada con el NIT. No. 891.8XX.XXX, siendo aún funcionaria pública, inobservando el régimen de inhabilidades de la contratación estatal, y desconociendo normas de rango Constitucional y legal, así:

Rango Constitucional:

El artículo 127 de la Constitución Política, dispone:

"ARTÍCULO 127. Los servidores públicos no podrán celebrar, por sí o por interpuesta persona, o en representación de otro, contrato alguno con entidades públicas o con personas privadas que manejen o administren recursos públicos, salvo las excepciones legales".

Rango Legal:

El artículo 8 de la Ley 80 de 1993, "por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública", establece:

"ARTÍCULO 8. DE LAS INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES PARA CONTRATAR.

1. Son inhábiles para participar en licitaciones o concursos y para celebrar contratos con las entidades estatales:

(...)

f) Los servidores públicos

(...)"

La Sala de Consulta y Servicio Civil en su concepto 855 de 19961, definió al servidor público así:

"Servidores públicos es un concepto genérico que emplea la Constitución Política para comprender a los miembros de las corporaciones públicas y a los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios; todos ellos están "al servicio del Estado y de la comunidad" y deben ejercer sus funciones "en la forma prevista en la Constitución, la ley y el reglamento"."

Dentro de la clasificación de los servidores públicos se encuentran los empleados públicos y los trabajadores oficiales, entendiendo por los primeros, aquellos que tienen una relación legal o reglamentaria con la administración, existiendo en consecuencia, un acto administrativo de nombramiento y un acto de posesión; mientras que los trabajadores oficiales se vinculan con la administración por medio de la celebración de un contrato de trabajo, por lo que se encuentran regidos por éste, por la convención colectiva y el reglamento interno de trabajo si los hay, y en lo no previsto en ellos, por la Ley 6 de 1945 y el Decreto 1083 de 2015.

Es claro para este despacho disciplinario que la calidad de **L.E.S.F** como funcionaria pública para la fecha de los hechos aquí investigados está más que demostrado como se señaló en el acápite del análisis probatorio. En ese orden de ideas, se tiene que señora **L.E.S.F** suscribió contrato de arrendamiento con una entidad Estatal del nivel territorial estando inmersa en la inhabilidad establecida en la Ley 80 de 1993 para contratar

con el Estado, desconociendo así el régimen de inhabilidades e incompatibilidades desarrollado anteriormente.

6.4. DE LA ILICITUD SUSTANCIAL

Tal y como se indicó en el auto de citación a audiencia verbal 17412 00001 del 15 de julio de 2021, la Constitución Política de Colombia establece en el artículo 6º la cláusula general de responsabilidad de los particulares y servidores públicos, al indicar que los primeros sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes, y los últimos además por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.

La Corte Constitucional en torno al tema de la ilicitud sustancial, consideró que “es la infracción al deber funcional, en sus expresiones de cumplimiento estricto de las funciones propias del cargo, obligación de actuar conforme a la Constitución y a la ley, y garantía de una adecuada representación del Estado, lo que legitima desde el punto de vista sustancial la conminación disciplinaria de una conducta”¹.

A su vez, la jurisprudencia del Consejo de Estado señala que corresponde a la afectación de los deberes funcionales².

Como parte del análisis de los elementos constitutivos del tipo disciplinario se tiene la ilicitud sustancial que a la luz del artículo 5 de la Ley 734 de 2002, será antijurídica la falta cuando afecte el deber de manera sustancial y sin justificación alguna, lo cual indica que de manera infundada se contraríen los fundamentos primarios del servicio público en menoscabo de los fines perseguidos por el Estado y su funcionamiento.

Para empezar, la condición de servidor público implica una serie de obligaciones, deberes, prohibiciones, inhabilidades, incompatibilidades y conflicto de intereses, que se deben hacer valer en todo momento, para poder lograr los propósitos fundamentales del Estado, plasmados en especial en el artículo 2º de la Constitución Política, aun cuando se pueden encontrar estatuidos a lo largo de todo su articulado, cuales son servir a la comunidad, velar por el logro de los altos cometidos del Estado, y hacer prevalecer los intereses generales por encima de los particulares o los de determinados sectores o grupos.

Resulta importante recordar que del servidor público se exige un mayor grado de compromiso y responsabilidad, que dicho comportamiento no puede ser el mismo que el de cualquier ciudadano, por cuanto su condición de servidor implica condiciones y requisitos de aptitud, capacidad e idoneidad para desempeñar el cargo del cual ha tomado posesión. A partir de ese acto se reclama un compromiso con sus deberes, por cuanto la sociedad tiene una expectativa respecto de los servicios que como agentes del estado podamos brindarle, es partir del cumplimiento de esos compromisos de donde se empiezan a materializar los cometidos y finalidades del estado social de derecho.

En materia de inhabilidades e incompatibilidades en la celebración de contratos, la Constitución Política y la ley se han encargado de fijar un régimen, a través del cual se persigue impedir o limitar el ejercicio de la función pública a los servidores públicos.

En las faltas disciplinarias, especialmente las relacionadas con la violación de incompatibilidades e inhabilidades, son de aquellas de las que se puede decir que la tipicidad y la antijuridicidad se constituyen en una unión inseparable, de lo cual se puede afirmar que existe un ilícito disciplinario complejo.

En efecto, resulta difícil considerar que una conducta desplegada a pesar de la existencia de una causal de inhabilidad o incompatibilidad no constituya una afectación sustancial del deber funcional, pues ese tipo de comportamientos han sido considerados por el legislador contrarios al ordenamiento jurídico, y cada vez que se incurra en una conducta que viole esas reglas preestablecidas, ellas siempre estarán en contravía de los principios que rigen la función pública.

¹ Sentencia C-819 de 2006

² Sentencia 394 del 23 de agosto de 2012. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda, Subsección “B”. Consejero Ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardila.

Así las cosas, es claro para esta Subdirección de Investigaciones Disciplinarias que la exfuncionaria **L.E.S.F.**, como abogada tenía la capacidad y obligación de conocer y cumplir sus deberes funcionales en debida forma, así mismo, tenía el deber de aplicar el régimen de inhabilidades e incompatibilidades de la Contratación estatal.

La Corte Constitucional ha precisado que el derecho disciplinario pretende garantizar:

“la obediencia, la disciplina y el comportamiento ético la moralidad y la eficacia de los(as) servidores(as) públicos(as) con miras a asegurar el buen funcionamiento de los diferentes servicios a su cargo” (ver sentencia C-373-02. M. P. Jaime Córdoba Triviño)

La infracción ejecutada por la aquí investigada, es de la mayor sensibilidad y relevancia para la administración, pues el desconocimiento del régimen de inhabilidades en la Contratación Estatal comporta uno de los flagelos más difíciles de erradicar y que más asolan a la administración pública dentro de los últimos años; que la disciplinable celebrara un contrato con una entidad territorial, defrauda la confianza en la institucionalidad, lo que repercute directamente en los finés de la administración, sin justificación alguna, pues la disciplinable no probó que existieran que la eximieran de responsabilidad y justificaran su actuar.

En el mismo sentido la Corte Constitucional señala:

“Para la Corte, como se desprende de las consideraciones preliminares que se hicieron en relación con la especificidad del derecho disciplinario, resulta claro que dicho derecho está integrado por todas aquellas normas mediante las cuales se exige a los servidores públicos un determinado comportamiento en el ejercicio de sus funciones. En este sentido y dado que, como lo señala acertadamente la vista fiscal, las normas disciplinarias tienen como finalidad encauzar la conducta de quienes cumplen funciones públicas mediante la imposición de deberes con el objeto de lograr el cumplimiento de los cometidos fines y funciones estatales, el objeto de protección del derecho disciplinario es sin lugar a dudas el deber funcional de quien tiene a su cargo una función pública.

El incumplimiento de dicho deber funcional es entonces necesariamente el que orienta la determinación de la antijuricidad de las conductas que se reprochan por la ley disciplinaria. Obviamente no es el desconocimiento formal de dicho deber el que origina la falta disciplinaria, sino que, como por lo demás lo señala la disposición acusada, es la infracción sustancial de dicho deber, es decir el que se atente contra el buen funcionamiento del Estado y por ende contra sus fines, lo que se encuentra al origen de la antijuricidad de la conducta.

Así ha podido señalar esta Corporación que no es posible tipificar faltas disciplinarias que remitan a conductas que cuestionan la actuación del servidor público haciendo abstracción de los deberes funcionales que le incumben como tampoco es posible consagrar cláusulas de responsabilidad disciplinaria que permitan la imputación de faltas desprovistas del contenido sustancial de toda falta disciplinaria.

Dicho contenido sustancial remite precisamente a la inobservancia del deber funcional que por sí misma altera el correcto funcionamiento del Estado y la consecución de sus fines. (...)”³

En el caso que nos ocupa es preciso recordar que la materialización del régimen de inhabilidades se encuentra directamente relacionada con la garantía de la función pública y de los principios que la gobiernan. Los principios de la función pública se encuentran establecidos en el artículo 3 de la ley 489 de 1998, que establece:

³ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-948 de 2002, MP Marco Gerardo Monroy Cabra.

"(...)

ARTICULO 3. Principios de la función administrativa. La función administrativa se desarrollará conforme a los principios constitucionales, en particular los atinentes a la buena fe, igualdad, moralidad, celeridad, economía, imparcialidad, eficacia, eficiencia, participación, publicidad, responsabilidad y transparencia. Los principios anteriores se aplicarán, igualmente, en la prestación de servicios públicos, en cuanto fueren compatibles con su naturaleza y régimen.

"(...)"

Para el despacho el desconocimiento del régimen de inhabilidades frustra la observancia en especial del principio de moralidad, así también lo entiende la Corte Constitucional en sentencias C-380-97, M.P. Hernando Herrera Vergara; C-200-01, M.P. Eduardo Montealegre Lynett y C-1212-01, M.P. Jaime Araujo Rentería:

"(...)

Las inhabilidades son restricciones fijadas por el constituyente o el legislador para limitar el derecho de acceso al ejercicio de cargos o funciones públicas. También han sido definidas por esta Corporación como aquellos requisitos negativos para acceder a la función pública, los cuales buscan rodear de condiciones de transparencia, imparcialidad, igualdad y moralidad el acceso y la permanencia en el servicio público, de tal suerte que las decisiones públicas sean objetivas y tengan como resultado el adecuado cumplimiento de los fines del Estado que asegure la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo (...)"

En el asunto examinado, la disciplinada señora **L.E.S.F** afectó su deber funcional inobservando e inaplicando los principios que sirven de protección a la función pública tales como la moralidad, la buena fe, eficiencia, eficacia, transparencia, entre otros y, por ende, su comportamiento se presenta como sustancialmente ilícito, conforme a la previsión establecida en los artículos 5 y 22 de la Ley 734 de 2002.

De otra parte, el Consejo de Estado se ha pronunciado sobre el régimen de inhabilidades e incompatibilidades en los siguientes términos: *"Se advierte que la consagración del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, se justifica en la prevalencia de los intereses estatales y en los principios y valores de igualdad, moralidad, ética, corrección, probidad, transparencia e imparcialidad que deben imperar en la actuación de los sujetos que desempeñan la función pública, o quienes aspiran o pretenden acceder a la misma"* (Sentencia CE del 21 de abril de 2009 Rad. No 11001-03-15-000-2007-00581-00).

Así mismo, frente a la ilicitud sustancial, es dable sostener que con el comportamiento desplegado por la investigada se vulneró el artículo 127 superior, puesto que su conducta comporta desconocer totalmente, los principios de transparencia, legalidad, buena fe y la moralidad, que rigen la función pública; conforme lo dispone el artículo 22 del CDU, según el cual: **GARANTÍA DE LA FUNCIÓN PÚBLICA. El sujeto disciplinable, para salvaguardar la *moralidad pública*, transparencia, objetividad, legalidad, honradez, lealtad, igualdad, imparcialidad, celeridad, publicidad, economía, neutralidad, eficacia y eficiencia *que debe observar en el desempeño de su empleo, cargo o función, ejercerá los derechos, cumplirá los deberes, respetará las prohibiciones y estará sometido al régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflictos de intereses, establecidos en la Constitución Política y en las leyes.*"** (Negrilla fuera de texto). Así las cosas, es importante resaltar, que el fundamento de la estructura de la responsabilidad en el derecho disciplinario, está edificado en el concepto de la infracción sustancial de los deberes funcionales, aspecto que en la teoría de la norma, se conduce a la infracción de las normas subjetivas de determinación a las que están obligados los servidores públicos, por lo que basta únicamente la comprobación de la afectación a la función pública, sin que sea necesaria la comprobación de un resultado.

Ahora bien, respecto al elemento –deber funcional– desde su concepto omnicompreensivo abarca el cumplimiento de catálogo de deberes propiamente dichos, el no incurrir en prohibiciones, no extralimitarse

en el ejercicio de derechos y funciones y de abstenerse de violar el régimen de inhabilidades, incompatibilidades y conflicto de intereses, hipótesis que individualmente son constitutivas de falta disciplinaria, en los términos del artículo 23 del CDU.

Del análisis de las pruebas se tiene que la señora **L.E.S.F** adelantó un proceso previo de planeación para la suscripción del contrato de arrendamiento presentando un documento denominado "Propuesta de arrendamiento y canon de arrendamiento sobre bien inmueble de propiedad de la Asociación xxxxxxxx de Tunja", en esta propuesta se informa claramente que dicha sociedad es una entidad privada.

En el caso específico, al posesionarse en su cargo en la DIAN, la ahora exfuncionaria prestó el siguiente juramento:

"Hoy con la alegría y la decencia que me caracterizan como servidor público de ésta, mi institución, con el corazón y voluntad de servicio, ante el pueblo de Colombia e invocando la protección de Dios, juro respetar, cumplir y hacer cumplir la constitución y las leyes y desempeñar con amor, ética y responsabilidad social los deberes y obligaciones, las normas tributarias, aduaneras y cambiarias.

Me comprometo a dar lo mejor de mí para construir una moderna institución que sea soporte del desarrollo económico y social del país que dignifique mi condición de servidor público.

Si así no fuere, que la sociedad la institución y mi conciencia me lo demanden" (sic).

Es decir que la ilicitud sustancial no se refiere a la simple infracción formal, sino a la infracción del deber de manera sustancial, por lo que le corresponde al operador disciplinario en cada caso particular determinar si existió o no ilicitud sustancial.

Entonces, debemos decir que, en el proceso disciplinario se juzga el comportamiento de los servidores públicos frente a normas administrativas de carácter ético, destinadas a proteger los principios en que se funda la administración pública, ya que la acción disciplinaria se produce dentro de la relación de subordinación que existe entre el funcionario y la Administración en el ámbito de la función pública, y se origina en el incumplimiento de un deber o de una prohibición, la omisión o extralimitación en el ejercicio de las funciones, la violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades y conflicto de intereses, siendo su finalidad garantizar el buen funcionamiento, moralidad y prestigio del organismo público respectivo.

La jurisprudencia del Consejo de Estado, sobre el tópico ha señalado:

"La ilicitud sustancial consiste precisamente en la afectación de los deberes funcionales sin ninguna justificación. En consecuencia, dado que debe ser entendida como la capacidad de afectación de la función pública, para determinar si se estructuró la falta desde el punto de vista de la ilicitud sustancial, deben analizarse dos componentes dentro de los deberes funcionales del servidor público, esto es, el conjunto de derechos, deberes y prohibiciones y, el régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflicto de intereses..."⁴

El principio de moralidad que regula la función administrativa, consagrado en el artículo 209 de la Constitución Política, según el cual "los servidores públicos están obligados a actuar con rectitud, lealtad y honestidad"⁵, fue abiertamente desconocido y quebrantado por la disciplinada en la medida que con su

⁴ Consejo de Estado. Radicación número: 11001-03-25-000-2011-00368-00(1381-11) providencia del 27 de octubre de 2016. M.P. Gabriel Valbuena Hernández.

⁵ Ley 1437 de 2011. artículo 3, numeral 5

actuación incurrió en conductas con las que desconoció el régimen de inhabilidades e incompatibilidades de la contratación estatal siendo funcionaria pública, pues no debe olvidarse que los servidores públicos son los primeros que están llamados a acatar a la Constitución, la Ley y el reglamento, y cuando se obra contrario a ello, el servidor público no sólo desconoce el ordenamiento jurídico, sino que además, afecta la imagen y legitimidad del Estado.

Resulta importante señalar que está plenamente demostrado que la señora **L.E.S.F** es abogada y que en su recorrido profesional ocupó cargos de nivel profesional y asesor que le permitían poder establecer la existencia del régimen de inhabilidades e incompatibilidades del servidor público, asimismo, que de parte de la Escuela de la DIAN recibió capacitación respecto del régimen disciplinario, pese a lo anterior procedió a suscribir un contrato de arrendamiento de un bien inmueble con la Alcaldía de Tunja siendo funcionaria pública. Lo anterior, no fue desvirtuado por la defensa ni por las pruebas recaudadas por el despacho disciplinario.

Adicionalmente, se probó que obró en contra de los mandatos del Código de Buen Gobierno y Ética que se comprometió a acatar y poner en práctica, así las cosas, se concluye que las conductas desplegadas por la señora **L.E.S.F** son contrarias a los principios en comento, conculcando no solo la dignidad y prestigio de la función pública, sino también los fines esenciales del Estado, contenidos en el artículo 2º de la Constitución Política de Colombia.

De lo anterior se desprende que, la conducta desplegada por la disciplinada se encuentra revestida de ilicitud sustancial, porque con su comportamiento desconoció los principios de la transparencia, legalidad, buena fe y la moralidad.

Lo anterior se fortifica en que se probó que al firmar el contrato de arrendamiento No. 9XX de 20XX la disciplinada manifestó bajo la gravedad de juramento no estar incurso en ninguna de las causales de inhabilidades o incompatibilidades, demostrando así el quebrantamiento de los principios de transparencia y buena fe.

Conforme a lo anterior, la conducta de la investigada es antijurídica al tenor de lo señalado en el artículo 5º de la Ley 734 de 2002.

6.5. DE LA CULPABILIDAD

La tipicidad subjetiva, entendida como el grado de determinación en el comportamiento del sujeto activo, conmina al operador a establecer la intencionalidad o no en el curso causal, pues es de suyo que toda forma de responsabilidad objetiva queda proscrita.

Este principio redactado en el artículo 13 de la Ley 734 de 2002, tiene su origen en el inciso 4o del artículo 29 de la Constitución Política, el cual anuncia que **“...Toda persona se presume inocente mientras no se le haya declarado judicialmente culpable...”**

Conforme lo define el artículo 13 de la Ley 734 de 2002, las faltas solo son sancionables a título de dolo o culpa y, en ese sentido, se procederá a **realizar el análisis de la culpabilidad de la acción dentro de la presente causa.**

La culpabilidad es el elemento subjetivo del tipo disciplinario y ello significa que para que una acción u omisión como manifestación de la intencionalidad en la realización de un acto sea reproachable a una persona, requiere ser realizada con dolo o culpa y por lo tanto la ausencia de esto le quita el carácter de sancionable a un hecho presuntamente irregular realizado por un servidor público.

Partiendo de lo anterior, no resulta procedente emitir juicios de responsabilidad disciplinaria que tan solo atiendan un criterio de responsabilidad objetiva, es necesario identificar si la conducta desplegada por el investigado fue perpetrada a título de dolo o culpa, descartando el amparo de una causal de exclusión de responsabilidad. En el caso en estudio, no se avizora la configuración de ninguna de las causales de exclusión de responsabilidad previstas como tales por la Ley disciplinaria⁶.

⁶ Ley 734 de 2002, artículo 28

Para el Despacho, se está entonces ante actos verdaderamente conscientes y voluntarios que requieren de capacidad, análisis, reflexión y de preparación, más la carga de conocimiento del funcionario sobre la obligatoriedad de saber sobre los deberes y las prohibiciones señaladas; aquí debe resaltarse que la señora **L.E.S.F** es abogada y fue servidora pública por más de 25 años, contaba con amplia experiencia en el sector administrativo, llegando incluso a ser asesora jurídica de la oficina jurídica de la Alcaldía Municipal de Tunja, además contó con el apoyo de un asesor jurídico, circunstancias que dan cuenta que la investigada comprendía la realidad fáctica y jurídica en la que se encontraba, siendo conocedora de los deberes y ritualidades que debe observar en cuanto al régimen de inhabilidades del servidor público.

Incluso, su voluntad se ve reflejada en el hecho de que fue ella quien ofreció en arriendo el inmueble de propiedad de la entidad sin ánimo de lucro de derecho privado Asociación xxxxxxxx de Tunja, como se refleja en las pruebas documentales, entonces se entiende que quiso actuar de esa forma en contravía de sus deberes, inobservando los principios de la función administrativa y de la contratación pública.

En otras palabras, se encuentra probado que la señora **L.E.S.F** es profesional de derecho, quien como representante legal de la Asociación xxxxxxxx de Tunja, a la luz de las reglas de la lógica y de la experiencia, no le es dable alegar el desconocimiento del régimen de inhabilidades, dada su calidad de abogada, su experiencia profesional y que al momento de presentar la oferta de contratación contaba con un asesor jurídico, constituyéndose el conocimiento pleno frente a lo actuado.

De las pruebas allegadas se logró establecer que la señora **L.E.S.F** si recibía una remuneración como representante legal de la Asociación xxxxxxxx de Tunja, tal y como se desprende de la información reportada en el oficio No. 202015xxxxx1 de fecha XX de marzo de 20XX, suscrito por el Director de Parafiscales de la UGPP, donde, entre otras, informa que *"Luego de validar los registros en las bases de datos publicadas por el Ministerio de Salud (consulta ADRES) se evidencia que la Señora Salamanca figura como cotizante en el SGSS para las vigencias enero de 2015 a diciembre de 2019 y que el la Asociación figura como empleador frente al SGSS"*.

De todo lo expuesto, está plenamente probado que la señora **L.E.S.F** realizó actos preparatorios como fue la planeación y entrega de la oferta; que en el contrato manifestó no estar incurso en causal de inhabilidad o de incompatibilidad; se acreditó que presentó cuentas de cobro y suscribió el acta de liquidación del contrato 9xx de 20xx; y que dada su profesión y experticia era conocedora de dicho régimen, por lo que contaba con elementos suficientes para saber que con su actuar estaba desconociendo el artículo 127 superior desarrollado entre otras normas por el artículo 8 de la ley 80 de 1993.

Sumado a lo expuesto y contrario a lo que pretende hacer ver la defensa, la señora **L.E.S.F** si recibía algún tipo de reconocimiento económico por su labor como representante legal, teniendo en cuenta que la Asociación xxxxxxxx de Tunja realizaba en calidad de empleador aportes al Sistema General de Seguridad Social a favor de la investigada.

Se destaca que se demostró que la investigada es una persona ampliamente versada en temas de derecho y en especial de derecho administrativo, por su experiencia laboral y estudios en el tema, por lo cual no podía desconocer que el régimen de inhabilidades e incompatibilidades no son asunto de poca importancia y trascendencia, y que su desconocimiento conlleva a juicio de reproche disciplinario.

Así, la ex funcionaria tenía claridad de las delicadas implicaciones que revestían el celebrar contratos con el Estado siendo funcionaria pública, máxime como se tiene probado, pues manifestó bajo la gravedad de juramento en el contrato 9XX de 20XX no estar incurso en inhabilidades o incompatibilidades.

Respecto a este punto la defensa pretende manifestar que el asesor jurídico, señor L.S., asesoró indebidamente a la ex funcionaria **L.E.S.F** y que por esto se presentó una queja disciplinaria en contra de dicho profesional, no obstante, como se dijo en el análisis probatorio dicha queja no dice ni en el relato de los hechos ni en las conductas endilgadas nada sobre el contrato 9XX de 20XX, omite también la defensa manifestar que la Señora S.F., es profesional en derecho con experiencia en el sector público, capacitada en temas de contratación administrativa y en Ley 734 de 2002.

La jurisprudencia del Consejo de estado ha señalado que El dolo en materia disciplinaria debe estar conformado por los siguientes elementos: *el conocimiento de los hechos, el conocimiento de la ilicitud y la voluntad. (...) La jurisprudencia del Consejo de Estado entiende el dolo como la intención y el deseo de incurrir en una conducta jurídicamente reprochable.* ⁷

En consecuencia, es claro que la señora **L.E.S.F** obró con conocimiento y consciencia de lo que hacía al suscribir un contrato, desconociendo claramente el régimen de inhabilidades.

En conclusión, una vez analizada la conducta de la exfuncionaria **L.E.S.F** a la luz del acervo probatorio que obra en el expediente, el Despacho encuentra que se reúnen los requisitos que permiten afirmar que, la misma se desplegó a título de DOLO, en la medida que conocía los hechos constitutivos de falta disciplinaria, su ilicitud y aun así los realizó.

CONTESTACIÓN A LOS ARGUMENTOS DE DEFENSA

En los descargos, así como en los alegatos de conclusión la investigada y su abogado de confianza presentaron los siguientes argumentos de defensa:

1. IMPUGNACIÓN DE LA COMPETENCIA:

Al respecto el despacho reitera lo manifestado en la continuación de audiencia verbal disciplinaria del 7 de septiembre de 2021 al resolver la solicitud de nulidad por falta de competencia y la resolución del recurso de reposición por la negación de dicha nulidad, que no le asiste razón a la defensa, esto por cuanto la competencia de la Subdirección de Investigaciones Disciplinarias de la Agencia del Inspector General de Tributos, Rentas y Contribuciones Parafiscales está determinada en el artículo 2, numerales 2, aclarado por el artículo 1 del Decreto 4452 de 2011, y el numeral 3 del Decreto 4173 de 2011, que determina:

"(...)

ARTÍCULO 2o. OBJETO. La Unidad Administrativa Especial Agencia del Inspector General de Tributos, Rentas y Contribuciones Parafiscales - ITRC, tendrá como objeto:

(...)

2. <Numeral aclarado por el artículo 1 del Decreto 4452 de 2011. El nuevo texto es el siguiente:> Sin perjuicio del poder preferente del Procurador General de la Nación, tendrá competencia para realizar las investigaciones de las conductas que por su trascendencia estén relacionadas con las faltas disciplinarias gravísimas establecidas en los numerales 1, 3, 17, 20, 30, 35, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 50, 56, 58 y 60 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, respecto de los servidores públicos que pertenecen a las entidades de que trata el numeral anterior.

3. Sin perjuicio del poder preferente del Procurador General de la Nación, asumir las competencias de las Oficinas de Control Disciplinario Interno sobre las demás faltas disciplinarias en que incurran los funcionarios de la DIAN, de la UGPP y de la entidad administradora del monopolio rentístico de los juegos de suerte y azar en aquellos casos que resulte necesario para la defensa de los recursos públicos.

(...)"

Así mismo en providencia con radicación No. 11001-03-06-000-2015-00092-00(C) de fecha 10 de septiembre de 2015 de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, siendo Consejero Ponente el doctor WILLIAM ZAMBRANO CETINA, se estableció:

"(...)

⁷ Consejo de Estado. Radicación número: 11001-03-25-000-2012-00341-00(1339-12) providencia del 24 de enero de 2019. M.P. Rafael Francisco Suarez Vargas.

De acuerdo con lo anterior, se puede concluir que la ITRC desplaza la competencia general de la DIAN cuando se trate de: i) faltas disciplinarias gravísimas establecidas en los numerales 1, 3, 17, 20, 30, 35, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 50, 56, 58 y 60 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002; y ii) las demás faltas disciplinarias cuando sea necesaria la defensa de los recursos públicos.

En consecuencia, atendiendo a una interpretación sistemática de las normas señaladas, si la conducta a investigar no se encuadra en ninguno de los anteriores supuestos, la investigación disciplinaria será competencia de la DIAN.

Ahora bien, las faltas gravísimas que corresponde investigar a la ITRC son las siguientes:

"Artículo 48. Faltas gravísimas. Son faltas gravísimas las siguientes:

(...)

17. Actuar u omitir, a pesar de la existencia de causales de incompatibilidad, inhabilidad y conflicto de intereses, de acuerdo con las previsiones constitucionales y legales.

(...)"

Así las cosas, no le asiste razón al argumento de la defensa que para que la Subdirección de Investigaciones Disciplinarias avoque conocimiento disciplinario deba demostrar los elementos: **por razón, con ocasión o bajo abuso del cargo del funcionario público**, conforme a lo transcrito de la norma habilitante y a lo dicho por el máximo tribunal de cierre del Contencioso Administrativo al resolver un conflicto negativo de competencia.

- **Principio de Favorabilidad:** manifiestan que se debe dar aplicación al artículo 50 de la ley 734 de 2002 que contiene las faltas graves y leves y no al numeral 17 del artículo 48 de la misma ley, en razón al principio de favorabilidad, por lo que la ITRC tampoco tendría Competencia.

Para este despacho disciplinario es claro que el principio de favorabilidad constituye una de las piezas fundamentales del proceso sancionatorio, en tanto busca un tratamiento punitivo más benigno, cuando varias disposiciones consagren consecuencias jurídicas diferentes y ello por virtud del tránsito de leyes en el tiempo, de manera que a un hecho hipotéticamente resultarían aplicables varias normas que se suceden o solapan, unas a otras.

Se requiere eso sí que frente a una misma e idéntica conducta existan diversas penas, unas más onerosas que otras. Se le impone al operador jurídico, en esta hipótesis, la obligación de aplicar la sanción que restrinja en menor grado los derechos fundamentales del sometido a la sanción disciplinaria.

El principio de favorabilidad, como se anotó, tiene aplicación cuando hay sucesión o tránsito de leyes en el tiempo. Luego, si como es absolutamente claro, tal principio sólo opera ante el tránsito legislativo resulta, por lo menos, evidente que no puede hablarse de favorabilidad para señalar dentro de un mismo cuerpo normativo, cuál sería la norma aplicable.

Luego no se entiende el argumento del defensa basado en el principio de favorabilidad, para que solicite la aplicación de un artículo en lugar de otro, cuando ambos están contenidos en el mismo Código, dado que ortodoxamente la favorabilidad es asunto que remite al fenómeno de la aplicación de la ley en el tiempo.

Ahora bien, de la lectura del argumento de la defensa es que se pretende la aplicación del artículo 50 en lugar del artículo 48, basado en consideraciones de la favorabilidad y en aplicación de criterios de hermenéutica legal, es preciso indicar que el principio de legalidad impide a la Subdirección acceder a tal solicitud.

Lo anterior partiendo de que el artículo 50, cuya aplicación invoca el apoderado es del siguiente tenor:

"(...)

Artículo 50. Faltas graves y leves. Constituye falta disciplinaria grave o leve, el incumplimiento de los deberes, el abuso de los derechos, la extralimitación de las funciones, o la violación al régimen de prohibiciones, impedimentos, inhabilidades, incompatibilidades o conflicto de intereses consagrados en la Constitución o en la ley.

La gravedad o levedad de la falta se establecerá de conformidad con los criterios señalados en el artículo 43 de este Código.

Los comportamientos previstos en normas constitucionales o legales como causales de mala conducta constituyen falta disciplinaria grave o leve si fueren cometidos a título diferente de dolo o culpa gravísima".

"(...)"

Una lectura básica y desprevenida de la norma, claramente le indica al intérprete que para establecer naturaleza de la falta desde el punto de vista de su gravedad, debe acudir al artículo 43 del mismo código, artículo que señala:

"(...)

Artículo 43. Criterios para determinar la gravedad o levedad de la falta. Las faltas gravísimas están taxativamente señaladas en este código. Se determinará si la falta es grave o leve de conformidad con los siguientes criterios: (...)"

La norma sin lugar a equívocos señala que las faltas gravísimas están expresamente consagradas como tales y ello ocurre en el artículo 48 que precisamente se titula Faltas Gravísimas, dentro de las cuales se encuentra la prevista en el numeral 17 que fue citada a la investigada en el auto que convocó a Audiencia de Proceso Verbal.

Del referido artículo 43, se desprende que no todas las faltas gravísimas consagradas en el artículo 48 revisten tal calidad ya que el mencionado artículo 43 en su numeral 9 dispone.

"(...) 9. La realización típica de una falta objetivamente gravísima cometida con culpa grave, será considerada falta grave (...)"

Luego en el evento en que no se hubiere señalado que la conducta se cometió a título de dolo o con culpa gravísima la falta se podría considerar de manera diversa a la indicada, lo que como fue establecido en el auto que citó a audiencia en el cual para este despacho se tenía el dolo como elemento subjetivo.

Resulta de importancia hacer hincapié en que en el derecho disciplinario, sólo las faltas gravísimas dada la gravedad de la consecuencia jurídica, gozan de la mayor intensidad de reserva y por ello se ha proclamado que sólo las así configuradas por el legislador, se reputarán gravísimas; de otra parte, las faltas graves o leves se configuran según se den los factores que reseña el art. 43 del CDU; luego entonces, resulta evidente que la incursión en una causal de inhabilidad, podrá fundar una falta gravísima, grave o leve, según las vicisitudes del caso.

Así entonces, como ya se ha dejado planteado enantes, el hecho de que el legislador merced a su libertad de configuración, hubiere postulado que la actuación a sabiendas de la existencia de una causal de inhabilidad, materializa una falta gravísima, es criterio que el operador jurídico no puede soslayar, pues, resulta de evidencia que las normas deben interpretarse de manera armónica y sistemática considerando su imperium, esto es, su carácter normativo.

Al ser esto claro, la hermenéutica del artículo 50 del CDU deberá realizarse sobre la base de ser ella una consagración residual, esto es, que opera por defecto de la voluntad directa del legislador que erigió el ejercicio del cargo o función pública, existiendo posible inhabilidad, en falta gravísima, de tal suerte que, al no comparecer el tipo subjetivo doloso, por ejemplo, la falta deba ser considerada como grave o leve.

Ello explica entonces la reiteración normativa, que debe entenderse como un esfuerzo de claridad del legislador para no dar pábulo a que se interpretase la ausencia del tipo doloso como una posible laguna de punibilidad. Así entonces, los arts. 48, 49 y 50 del CDU, que se ocupan de las faltas gravísimas, graves y leves, deben interpretarse de manera sistemática con los arts. 22, 23 y 43 *Ibíd.* entre otras, bajo el entendido que el ejercicio del cargo o función, no obstante la existencia de una inhabilidad, atenta contra la función pública (art. 22), se erige en falta (art. 23) de naturaleza gravísima (art. 43, inciso 1 y 48-17) si comparece el tipo doloso (art. 43-9), pues, de no, la falta será grave o leve (art. 43-9 y 50 CDU).

Por lo tanto, queda claro que el argumento de la defensa no está llamado a prosperar, conforme lo señalado anteriormente.

- Que la ITRC no justificó tampoco la **defensa de los recursos públicos** careciendo de competencia

El despacho responde que para el caso en concreto que teniendo como norma habilitante de competencia el numeral 2 del decreto 4173 de 2011 que fue aclarado por el artículo 1 del Decreto 4452 de 2011, no es necesario acudir a la competencia residual que está contenido en el numeral 3 del artículo 1 del citado decreto ley.

2. NO TIIFICACIÓN DE LAS NORMAS ENDILGADAS COMO VULNERADAS POR LA AUTORIDAD DISCIPLINARIA

Respecto a este argumento el despacho responde que, la **inhabilidad** es la incapacidad, ineptitud o circunstancias que impiden a una persona ser elegida o designada en un cargo público y en ciertos casos, impiden el ejercicio del empleo a quienes ya se encuentran vinculados al servicio. La Corte Constitucional en la sentencia de control abstracto de constitucionalidad C-280 de 1997, ha señalado que:

"(...) Las inhabilidades son restricciones fijadas por el constituyente o el legislador para limitar el derecho de acceso al ejercicio de cargos o funciones públicas. También han sido definidas por esta Corporación como aquellos requisitos negativos para acceder a la función pública, los cuales buscan rodear de condiciones de transparencia, imparcialidad, igualdad y moralidad el acceso y la permanencia en el servicio público, de tal suerte que las decisiones públicas sean objetivas y tengan como resultado el adecuado cumplimiento de los fines del Estado que asegure la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

También de acuerdo con la sentencia C-348 de 2004, se han establecido los tipos de inhabilidades así:

-Inhabilidades relacionadas directamente con la potestad sancionadora del Estado, la cual se aplica en los ámbitos penal, disciplinario, contravencional, correccional y de punición por indignidad política.

-Inhabilidades que no constituyen sanción ni están relacionadas con la comisión de faltas, sino que corresponden a modalidades diferentes de protección del interés general y obedecen a la efectividad de principios, derechos y valores constitucionales, como son la lealtad empresarial, moralidad, imparcialidad, eficacia, transparencia o sigilo profesional, entre otros postulados. (...)" (Subraya fuera de texto y negrilla fuera de texto)

El Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Consejero Ponente: Augusto Trejos Jaramillo, en Concepto 1097 del 29 de abril de 1998, señaló:

"(...) Como ya lo ha manifestado la Sala, las inhabilidades son impedimentos para ejercer una función determinada o para que una persona sea elegida o designada para desempeñar un cargo público, en razón de intereses personales o por la ausencia de calidades para el ejercicio del cargo; la inhabilidad puede generar la nulidad de la elección o nombramiento. Por su parte,

las incompatibilidades son prohibiciones para realizar actividades o gestiones de manera simultánea con el ejercicio de un cargo; la violación del régimen de incompatibilidades puede dar lugar a sanción disciplinaria, o a la pérdida de investidura para los congresistas.

Las causales de inhabilidad e incompatibilidad deben estar expresa y taxativamente establecidas en la Constitución o en la ley y son de aplicación e interpretación restrictivas. Este principio tiene su fundamento en el artículo 6o de la Carta, según el cual los servidores públicos no pueden hacer sino aquello que les está expresamente atribuido por el ordenamiento jurídico; los particulares pueden realizar todo lo que no les esté prohibido.

En el ámbito contractual, las inhabilidades e incompatibilidades son circunstancias que imposibilitan para participar en licitaciones o concursos y para celebrar contratos con las entidades estatales. También impiden la participación en el proceso de selección y el ejercicio de los derechos surgidos del mismo, cuando la inhabilidad o incompatibilidad sobreviene para un proponente dentro de una licitación o concurso(...). (Subraya fuera de texto)

Analizada la figura de la inhabilidad se procede a realizar un análisis hermenéutico entre los artículos 8 y 10 de la ley 80 de 1993, así:

Como se manifestó en el auto que cita a procedimiento verbal disciplinario Sobre la posibilidad de contratar con el Estado, la Constitución Política, en su artículo 127, señala:

"ARTICULO 127. Modificado por el art. 1, Acto Legislativo 2 de 2004. Los servidores públicos no podrán celebrar, por sí o por interpuesta persona, o en representación de otro, contrato alguno con entidades públicas o con personas privadas que manejen o administren recursos públicos, salvo las excepciones legales (...)"

Por su parte, la Ley 80 de 1993, por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, consagra:

"ARTICULO 8o. DE LAS INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES PARA CONTRATAR.

1o. Son inhábiles para participar en licitaciones o concursos y para celebrar contratos con las entidades estatales:

(...)

f) Los servidores públicos.

(...)."

De acuerdo con los textos normativos citados, se prohíbe a los servidores públicos, por sí o por interpuesta persona o en representación de otro, celebrar contratos con entidades públicas o con personas privadas que manejen o administren recursos públicos, salvo las excepciones legales.

Así lo ha indicado el Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, que en su concepto No. 867 emitido el 20 de agosto de 1996, y en el que señaló:

"La Sala considera

El artículo 127 de la Constitución Política prohíbe a los servidores del Estado celebrar cualquier tipo de contrato con la administración pública ya sea para su propio beneficio o por cuenta de terceros.

"Los servidores públicos no podrán celebrar, por sí o por interpuesta persona, o en representación de otro, contrato alguno con entidades públicas o con personas privadas que manejen o administren recursos públicos salvo las excepciones legales (inc. 1º).

La norma superior fue desarrollada por la Ley 80 de 1993, según ésta (art. 8º, letra f) los servidores públicos se encuentran inhabilitados "para participar en licitaciones o concursos y para celebrar contratos con las entidades estatales".

El texto constitucional deja a salvo las excepciones legales; el mismo estatuto general de contratación de la administración pública (Ley 80 / 93) en el artículo 10 consigna las excepciones a las inhabilidades e incompatibilidades señaladas en la ley de la siguiente manera:

- 1. Cuando se contrate por obligación legal.*
- 2. Cuando se contrate sobre bienes y servicios que se ofrezcan en condiciones comunes.*
- 3. Cuando se trate de un representante legal de persona jurídica sin ánimo de lucro que haga parte de juntas o consejos directivos y deba contratar en virtud de su cargo o por mandato legal o estatutario.*
- 4. En los casos donde se trate de operaciones en desarrollo del artículo 60 de la Constitución Política, cuando se adquieran por parte de los trabajadores, acciones que el Estado posea en las empresas."*

Visto lo anterior el término "por obligación legal" utilizado por el artículo 10, se refiere al hecho de contratos forzados por las necesidades del servicio público como por ejemplo la compraventa para obras públicas, usufructos, usos o comodatos transitorios requeridos por problemas de orden público, servidumbres públicas.

En el segundo evento "bienes que se ofrezcan al público en condiciones comunes a quienes lo soliciten" se refiere por ejemplo a ofertas públicas en general, acceso a actividades lúdicas y recreación al público, comedores públicos, etc., esto es, ofertas generales sin discriminación a particular alguno.

En el tercer evento, cuando se trate de un representante legal de persona jurídica sin ánimo de lucro que haga parte de juntas o consejos directivos y deba contratar **en virtud de su cargo o por mandato legal o estatutario** se hace referencia a las personas jurídicas sin ánimo de lucro de naturaleza pública o mixta, así mismo se exceptúa obligación en virtud a su cargo es decir en el ejercicio de las funciones públicas o por orden de una norma proferida por el Congreso de la República o estatuto proferido por una autoridad pública investida para tal efecto, para el caso de la Asociación XXXXXXX de Tunja nos encontramos que es una ESAL de carácter privada y no existe el elemento *en virtud de su cargo o por mandato legal o estatutario* por lo cual no es posible acoger los argumentos de la defensa que el artículo 10 de la ley 80 de 1993 excluye a la aquí investigada del régimen de inhabilidades e incompatibilidades.

Frente a este argumento, resulta claro que las circunstancias en la que se ofertó, celebró y liquidó el contrato 9XX de 20XX no se enmarcan en las excepciones legales que pretende hacer valer la defensa.

- Que existe un caso fortuito por la amenaza de ruina de la vivienda objeto del contrato de arrendamiento vivienda que al pertenecer a una asociación sin ánimo de lucro buscaba fines sociales, que la existencia de este caso fortuito tiene las características de ser imprevisible e

irresistible por amenaza de ruina de un bien de interés cultural, así mismo que el contrato de arrendamiento fue suscrito con la finalidad de recuperar dicho bien inmueble

Caso Fortuito

En las causales que excluyen de la responsabilidad disciplinaria al respecto el artículo 28 de la Ley 734 de 2002, dispuso respecto de las causales de exclusión de responsabilidad, lo siguiente:

"(...) Artículo 28. Causales de exclusión de la responsabilidad disciplinaria. Está exento de responsabilidad disciplinaria quien realice la conducta:

1. Por fuerza mayor o caso fortuito.

(...)"

La fuerza mayor o el caso fortuito; ésta figura se encuentra regulada a nivel legal en el artículo 64 del C. Civil que establece que se llama "*(...) fuerza mayor o caso fortuito, el imprevisto o que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público (...)*" la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado ha señalado que la fuerza mayor como causal eximente de responsabilidad debe reunir tres elementos, a saber: **la exterioridad, la imprevisibilidad y la irresistibilidad**, en relación con la actividad, suceso o servicio que causó el daño (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, C.P. Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Sentencia de 19 de octubre de 2011, Radicación No.: 05001-23-25-000-1994-00951-01[20135]), en cuanto al caso fortuito, la jurisprudencia del Consejo de Estado indica que atañe a hechos que escapan a las previsiones normales que deben ser adoptadas por quien observa una conducta prudente.

Así las cosas, los elementos constitutivos de fuerza mayor o caso fortuito como eximente de responsabilidad han sido precisados por la jurisprudencia y la doctrina como las circunstancias de haber sido **imprevisto el hecho y la irresistibilidad**. Esta primera causal abarca 2 conceptos, según lo precisó la Sala de Consulta del Consejo de estado en su concepto del 10 mayo de 1996, en el que sostuvo que "la esencia del caso fortuito está en la imprevisibilidad, y la de la fuerza mayor en la irresistibilidad"

Expresa el Consejo de Estado en sentencia Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado dentro del expediente 3059-2017 de fecha 12 de noviembre de 2020 siendo Consejero Ponente GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ, se estableció para el caso fortuito:

"(...)

El caso fortuito es entendido como aquel acontecimiento extraño a la voluntad del sujeto que se presenta de sorpresa o de manera inesperada; es una limitante de la voluntad de los sujetos que incurrir en una falta, pues su intención no es cometerla, sino que obedecen a circunstancias externas que son imprevisibles e irresistibles, por lo que se afirma que no existe dolo o culpa en la comisión de la conducta, pues el acaecimiento de situaciones que obstaculizan la libre voluntad del agente en la comisión de la falta eliminan su existencia.

(...)"

Consejo de Estado en sentencia de 19 de octubre de 2011, Radicación No. 050 01 -2 3-2 5- 00 0-1 99 4-0 09 51 -01 (201 35),Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, C .P . D r. Jai me Orlando Santofimio, estableció:

"(...) la irresistibilidad (...) el daño debe resultar inevitable para que pueda sostenerse la ocurrencia de una causa extraña, teniendo en cuenta que lo irresistible o inevitable deben ser los efectos del fenómeno y no el fenómeno mismo (...)

(...)

la imprevisibilidad, suele entenderse por tal aquella circunstancia respecto de la cual "no sea posible contemplar por anticipado su ocurrencia (...)"

(..)

(...) la exterioridad (...) se concreta en que el acontecimiento y circunstancia que el demandado invoca como causa extraña debe resultarle ajeno jurídicamente (...)"

De lo probado en la actuación administrativa es claro que la suscripción del contrato de arrendamiento No. 9XX de 20XX contó con un proceso de planeación previa, donde incluso la ex funcionaria **L.E.S.F.** fue quien remitió la propuesta, así mismo de la certificación firmada por el Contador y revisor fiscal de la Asociación XXXXXXXX Dde Tunjaul, se extrae que las obras se iniciaron solo hasta el mes de marzo de 20XX, porque lo que tanto el proceso previo de planeación como el de posterior a las obras a realizar sobre el bien inmueble en la ciudad de Tunja desvirtúan las circunstancias de irresistibilidad e imprevisibilidad.

La defensa pretende establecer que al encontrarse en ruina o amenaza de ruina el inmueble de la ciudad de Tunja se materializaron los elementos esenciales del caso fortuito, para el despacho tal afirmación resulta equivoca dado como se dijo anteriormente existió un proceso previo de planeación del contrato, así mismo es importante señalar que la **L.E.S.F.** no tenía la obligación legal de continuar con la representación legal de una ESAL de derecho privado por lo que el elemento de exterioridad también se desvirtúa.

En conclusión, una vez analizados los argumentos de la defensa y confrontados con las pruebas allegadas no se encuentra la existencia o materialización de un caso fortuito como eximente de responsabilidad disciplinaria.

Dentro de este mismo argumento de la defensa se menciona que el bien inmueble ubicado en Tunja es un bien inmueble de interés cultural, no obstante, tal afirmación no tiene prueba que la soporte, ya que al verificar el certificado de tradición y libertad aportado en los documentos del contrato 9XX de 20XX no se encuentra afectación de interés cultural, así mismo dentro del acto administrativo No. 1XX del 20XX de la Alcaldía de Tunja el motivo principal de suscripción de dicho contrato son las condiciones físicas de ubicación y amplitud.

- Recuperación del Inmueble de la calle xxxx de la ciudad de Tunja

La defensa también manifestó en distintos apartes de sus descargos, así como lo dicho en la audiencia que, el Contrato de arrendamiento No. 9XX de 20XX suscrito con la Alcaldía de Tunja se justifica en la necesidad de recuperar dicho bien para la Asociación XXXXXXXX de Tunja, ya que este bien se encontraba en poder de terceros y que de eso se da cuenta en actas de la Alcaldía municipal, dicha manifestación también fue realizada por el testigo **L.A.R.**, quien señaló que para la fecha de los hechos era vicepresidente de la ESAL, pero como se puede observar en documentos de la cuentas de cobro remitidas a la Alcaldía de Tunja el firma como Revisor Fiscal.

Para el despacho no resulta clara o sostenible legalmente tal afirmación ya que la recuperación de un bien inmueble no se realiza vía suscripción de contratos de arrendamiento, sino a través de acciones como son los procesos policivos o acciones ante los jueces civiles, los cuales si fueron adelantados en otros inmuebles de propiedad de la Asociación XXXXX de Tunja, como se puede evidenciar en los anexos de la queja disciplinaria que la señora **L.E.S.F.** elevó contra el abogado L.S.

3. ILEGALIDAD DE PRUEBAS OBRANTES DENTRO DEL EXPEDIENTE

Respecto de esta manifestación de ilegalidad el despacho aclara que la prueba que se objeta por ilegalidad no fue tomada en cuenta ni analizada para fundamentar el auto No. 1741200001 del 15 de julio de 2021, es tan claro lo anterior que la misma defensa manifestó, literalmente:

"(...)"

*Irregularidades estas que a pesar de no estar directamente ligadas al cargo endilgado se hace necesario dejar constancia por cuanto todo obedece a una persecución a la señora **L.E.S.F.** (...)”*

4. ERROR EN EL TÍTULO DE IMPUTACIÓN- PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD

El despacho observa que este mismo argumento fue esgrimido por la defensa en el punto 1 de impugnación a la competencia, por lo cual reitera igualmente lo dicho por la Subdirección de Investigaciones Disciplinarias en el acápite correspondiente a dicha contestación.

5. ERROR DE PROHIBICIÓN

Frente a lo expuesto por la defensa es necesario manifestar que el **error de prohibición no está contenido** en las causales que excluyen de la responsabilidad disciplinaria al respecto el artículo 28 de la Ley 734 de 2002, dispuso respecto de las causales de exclusión de responsabilidad, lo siguiente:

“(...) Artículo 28. Causales de exclusión de la responsabilidad disciplinaria. Está exento de responsabilidad disciplinaria quien realice la conducta:

1. Por fuerza mayor o caso fortuito.

2. En estricto cumplimiento de un deber constitucional o legal de mayor importancia que el sacrificado.

3. En cumplimiento de orden legítima de autoridad competente emitida con las formalidades legales.

4. Por salvar un derecho propio o ajeno al cual deba ceder el cumplimiento del deber, en razón de la necesidad, adecuación, proporcionalidad y razonabilidad.

5. Por insuperable coacción ajena o miedo insuperable.

6. Con la convicción errada e invencible de que su conducta no constituye falta disciplinaria.

7. En situación de inimputabilidad. En tales eventos se dará inmediata aplicación, por el competente, a los mecanismos administrativos que permitan el reconocimiento de las inhabilidades sobrevinientes.

No habrá lugar al reconocimiento de inimputabilidad cuando el sujeto disciplinable hubiere preordenado su comportamiento.

(...)”. (En negrilla y subrayado es nuestro)

Pese a que la defensa acude a una figura jurídica del derecho penal y extraña al proceso disciplinario, como es el error de prohibición, para el despacho resulta claro que de lo narrado y sustentado en el escrito de descargos que se hace referencia al numeral sexto del artículo 28 de la ley 734 de 2002 (subrayado y en negrilla) como una eximente de responsabilidad, ya que acude a los argumentos que el actuar de la ex funcionaria **L.E.S.F.** a partir de una supuesta convicción errada e invencible que su actuar al momento de la suscripción del contrato de arrendamiento con la Alcaldía de Tunja. Dicho lo anterior, esta Subdirección bajo el principio de la investigación Integral realizará un análisis de si existe o no tal causal eximente de responsabilidad disciplinaria, así:

Para que se materialice la existencia de la causal No. 6 del artículo 28 se hace necesario que se demuestre un error invencible, diferente, cuando es vencible, que debe tenerse como un criterio atenuante en la graduación de la sanción, en la medida que el reproche por el conocimiento de la ilicitud de la conducta es menor.

La Jurisprudencia del Consejo de Estado ha desarrollado esta causal de exclusión, en especial en la Sentencia del 27 de febrero de 2014 dentro del proceso con radicación No. 11001-03-25-000-2012-00888-00(2728-12) de la Subsección B de la Sección Segunda de la Sala de Contencioso Administrativo, Consejera Ponente BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ, donde establece:

"(...)

*Para que opere la exención de responsabilidad establecida en el numeral 6 del artículo 28 de la Ley 734 de 2002, es obligatorio además de la existencia del error, que éste sea invencible. Es necesario que el disciplinado tenga la creencia plena y sincera de que actuaba ajustado al ordenamiento jurídico, y adicionalmente, que el error de apreciación **no era humanamente superable dadas las condiciones personales del procesado** y las circunstancias en que éste se realizó, eventos en los cuales, la conducta no es reprochable a título de dolo, porque en el encartado no hay la conciencia de la ilicitud de su acción, sin el cual el fenómeno no se estructura (...)" (subrayado es nuestro)*

Vistas así las cosas, solo se puede eximir de responsabilidad cuando el ilícito disciplinario se comete de buena fe⁸ por ignorancia invencible, requisitos estos que no se cumplen, dado que está plenamente demostrado que la Investigada **L.E.S.F.** es abogada y cuenta con una amplia experiencia profesional en el campo del derecho, llegando incluso a ser asesora jurídica, por lo tanto se hace imposible evidenciar el elemento de **invencible**, máxime también cuando se observa que fue la misma investigada quien remitió la propuesta de contrato a la Alcaldía Municipal.

Indicó igualmente la defensa que *"el ente investigador el contrato también fue suscrito por el abogado L. S."*, el despacho manifiesta que tal manifestación resulta alejada de la realidad procesal ya que la literalidad este despacho estableció en el auto No. 1741200001 en el 15 de julio de 2021:

*"(...) "Propuesta de arrendamiento y canon de arrendamiento sobre bien inmueble de propiedad de la Asociación XXXXX de Tunja", donde claramente se evidencia estar suscrito por la señora **L.E.S.F.**, quien manifestó desde el encabezado ser la representante legal de la Asociación (...)"*

Lo que evidencia que la señora **L.E.S.F.** participó en un proceso previo de planeación para la celebración del Contrato No. **9XX de 20XX**, proceso de planeación en el cual como profesional del derecho la aquí investigada debió analizar entre otros aspectos el régimen de inhabilidades e incompatibilidades que le asistían dado su doble calidad de representante legal de una ESAL de derecho privado y de funcionaria pública.

Finaliza la defensa dejando constancia que contra el abogado L.S. se está adelantando acciones disciplinarias por incumplir sus funciones como asesor jurídico, la verificar los 200 folios allegados como prueba documental de la queja disciplinaria el despacho no encontró que se incluyera algún acápite de indebido asesoramiento o relato en los hechos por la elaboración *"Propuesta de arrendamiento y canon de arrendamiento sobre bien inmueble XXXXX"* o la posterior suscripción del Contrato No. 9XX de 20XX.

8. ANTIJURICIDAD MATERIAL

El despacho manifiesta que la ilicitud sustancial fue claramente sustentada de forma probatoria en el auto de citación a audiencia verbal y en lo referido en este fallo de primera instancia, al analizar la ilicitud sustancial disciplinaria que acompaña esta decisión.

9. NO FUNDAMENTACIÓN EN LA CONDUCTA ENDILGADA

Al respecto, esta instancia disciplinaria incluyó en el Auto número 1741200001 del 15 de julio de 2021, que cita a la tramite verbal disciplinario, un acápite de pruebas y su posterior análisis, de donde se desprende y

⁸ Consejo de Estado, sentencia de 7 de febrero de 2008, Radicación número: 25000-23-25-000-2001-11811-01(2941-05), C. P. Dr. Alfonso Vargas Rincón

sustenta la conclusión de la conducta endilgada y su título, por lo que no es aceptable la afirmación de la defensa.

Se finaliza así la respuesta a los argumentos presentados por la defensa.

1. CALIFICACIÓN DE LA FALTA

Tal y como se ha referido, de acuerdo con lo establecido en el artículo 42 de la Ley 734 de 2002, las faltas disciplinarias son gravísimas, graves y leves; las primeras se encuentran taxativamente descritas en el artículo 48 de la misma norma, mientras que las demás se estructuran por razón del incumplimiento de los deberes, el abuso de los derechos, la extralimitación de las funciones, o la violación al régimen de prohibiciones, impedimentos, inhabilidades, incompatibilidades o conflicto de intereses consagrados en la Constitución y la ley, siguiendo los lineamientos contemplados en el artículo 43 del Código Disciplinario Único para determinar la gravedad o levedad de la falta.

Conforme a lo anterior, la conducta de la disciplinable **L.E.S.F** se ajustó a la descripción disciplinaria señalada en el numeral 17 del artículo del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, esto es, una falta disciplinaria gravísima.

Ahora bien, teniendo en cuenta que las faltas disciplinarias gravísimas fueron taxativamente señaladas en la ley disciplinaria, no es dable a esta agencia revisar los criterios a que refiere el artículo 43 *ibídem* resultando en cambio oportuno aludir que respecto a la graduación de las faltas ha precisado la Corte Constitucional en Sentencia C-181 del 12 de marzo de 2002, lo siguiente:

"(...) Esa definición, desde una interpretación sistemática, debe ser el punto de partida para calificar las faltas en graves o leves, por circunstancias modales, personales del infractor, del fin propio de la función pública y del servidor afectado con las mismas, de la naturaleza y efectos de las faltas y de las circunstancias y modalidades del hecho que las configura. Como ya se dijo, son precisas las conductas que se encuentran estatuidas como faltas gravísimas, respecto de los cuales no cabe ningún tipo de graduación. (Art. 25 y 26) (...)"

2. DE LA SANCION POR IMPONER

Según lo dispone el artículo 16 de la Ley 734 de 2002, la sanción disciplinaria tiene función preventiva y correctiva, para garantizar la efectividad de los principios y fines previstos en la constitución, la ley y los tratados internacionales, que se deben observar en el ejercicio de la función pública.

Para efectos de la graduación de la sanción, dada la solicitud de la defensa de dar la aplicación más benéfica al investigado, se debe partir en primer lugar, de la consideración que conforme a lo consagrado en el numeral 1 del artículo 44 de la Ley 734 de 2002, dado que el cargo endilgados corresponden a la incursión en falta gravísima dolosa, la sanción a imponer será la de destitución e inhabilidad general, lo cual a voces del numeral 1 del artículo 45 de la misma ley, implica la terminación de la relación del servidor público con la administración y la imposibilidad de ejercer la función pública en cualquier cargo o función, por el término que a continuación se señalará, así como la exclusión del escalafón o carrera.

De conformidad con lo establecido en el artículo 142 de la Ley 734 de 2002, en el presente proceso existen pruebas que conducen a la certeza de la existencia de la falta disciplinaria y la responsabilidad en esa materia de la ex funcionaria **L.E.S.F**; y conforme al artículo 28 del Código Disciplinario Único, no existen causales de exclusión de la misma, razón por la cual, es procedente imponerle la sanción que se señala es este acápite.

Como quedó manifestado en el subtítulo de culpabilidad y de la calificación de la falta; la irregularidad endilgada la ex funcionaria **L.E.S.F**, quedó calificada como falta gravísima a título de dolo; razón por la cual la sanción que se señala para el caso sub judice es la prevista en el numeral 1 del artículo 44 *ibídem*, que consiste:

"Destitución e inhabilidad general".

En ese orden, este despacho en virtud del artículo 46 de la Ley 734 de 2002, que reza:

"Límite de las sanciones. La inhabilidad general será de diez a veinte años..."; sanciona al exfuncionario **L.E.S.F** con la destitución e inhabilidad por diez (10) años.

En relación con la destitución y la exclusión del escalafón o carrera, no hay lugar a la graduación, teniendo en cuenta el tipo de sanción. Adicionalmente, conforme a lo señalado en el inciso segundo del artículo 46 de la Ley 734 de 2002, a pesar de que la disciplinada ha cesado en sus funciones en virtud de su retiro por pensión, tampoco es posible convertir la sanción a multa.

Ahora bien, en cuanto a la sanción de inhabilidad general, de acuerdo con el inciso primero del artículo 46 de la Ley 734 de 2002, será de diez a veinte años, y conforme a lo establecido en el artículo 47 de la misma ley, sí se aplican los criterios de graduación de la sanción para determinar el término de duración, para lo cual también se debe seleccionar el cuarto de movilidad en el cual debe tasarse la sanción, en lo relacionado con la diligencia y eficiencia demostrada en el desempeño del cargo o de la función, se tiene que no se tiene objeción en los periodos evaluados. Además, no aparece que infundadamente la investigada atribuyera la responsabilidad a un tercero, no aparece que haya procurado, por iniciativa propia, resarcir el daño o compensar el perjuicio causado a la administración.

Por lo anterior, se tiene que respecto de la investigada se predicen como criterios de atenuación el que no tiene antecedentes y que no se encuentran criterios de agravación. En cuanto a los demás criterios, como ya se dijo, no aplican en este caso, por lo cual no constituyen causal alguna que deba analizarse en este punto específico.

Visto lo expuesto, dada la concurrencia de circunstancias de atenuación y de agravación, el Despacho selecciona el primer cuarto de movilidad para tasar la sanción, y dado que hay más causales de atenuación, se establece que inicialmente la sanción a imponer sería la menor, esto es, destitución e inhabilidad general de ciento veinte (120) meses que equivalen a diez (10) años.

En mérito de lo expuesto,

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR LA RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA de **L.E.S.F**, identificada con la cédula de ciudadanía No. XXXX, por la conducta consignada como cargo Único en el Auto de citación a audiencia verbal número 1741200001 en el 15 de julio de 2021; actuar constitutivo de falta disciplinaria al tenor de lo dispuesto en el numeral 17 artículo 48 de la ley 734 de 2002, atribuida a título de dolo.

SEGUNDO: Como consecuencia de la anterior declaración, **IMPONER** a **L.E.S.F**, sanción disciplinaria consistente en Destitución e Inhabilidad General por el término de 10 años, de conformidad con lo señalado en la parte motiva expuesta en este fallo.

TERCERO: El presente Fallo Disciplinario se **NOTIFICA EN ESTRADOS ADVERTIENDO** que contra la presente decisión procede el **RECURSO DE APELACIÓN** el cual se deberá interponer y sustentar en la presente audiencia pública.

CUARTO: En firme la presente decisión, **COMUNICARLA** en la División de Registro y Control de la Procuraduría General de la Nación, de conformidad con el artículo 174 del Código Disciplinario Único.